

CARLA FABIANE DA COSTA FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO**

**BRASÍLIA
2011**

CARLA FABIANE DA COSTA FERREIRA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA
CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes.

BRASÍLIA
2011

Dedico este trabalho aos meus pais, Miguel e Adélia, que foram os pilares de minha formação e me mostraram o caminho certo da vida.

Aos meus irmãos, Sebastião Túlio, Alexandre Elder e Marília, que sempre estiveram ao meu lado me incentivando para que eu me mantivesse firme na batalha.

Ao meu querido e amado filho Fernando, que representa a fortaleza e a persistência na busca deste ideal.

A minha sobrinha Mariana que recentemente chegou para alegrar as nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a DEUS por sempre estar ao meu lado me dando força e coragem para prosseguir em frente, e por ter me dado à oportunidade de concluir mais esta etapa da minha vida.

Agradeço a minha família que me fortaleceu e incentivou dia-a-dia nesta caminhada, por terem sempre prestado o suporte necessário para que eu pudesse enfrentar os meus desafios pessoais, profissionais e acadêmicos.

Agradeço ao meu cunhado Christian Alvim, pela sugestão deste interessantíssimo tema e, ainda, pelo incentivo na busca do meu crescimento profissional.

Não posso deixar de fazer um agradecimento especial ao Prof. Rodrigo Fernandes, uma pessoa admirável, exemplo de profissionalismo acadêmico, por ter me ajudado com carinho e amizade na elaboração do presente trabalho.

Agradeço aos meus colegas, os quais estarão sempre guardados em meu coração pelos anos de companheirismo.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que de forma direta ou indireta contribuíram para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

“No meio do caminho tinha uma pedra; tinha uma pedra no meio caminho;
tinha uma pedra; no meio do caminho tinha uma pedra” (Carlos Drumond
de Andrade).

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise dos principais aspectos relacionados à responsabilidade civil pela perda de uma chance junto ao Direito comparado e em especial com destaque no Direito brasileiro. Assim, pretende-se com essa monografia justificar a importância da admissibilidade da perda de uma chance perante o nosso ordenamento jurídico pátrio, desde que se trate de uma chance séria e real, em que pese muitos magistrados não se sentirem seguros para aplicá-la por acreditarem que ainda falta respaldo legal para a concessão do benefício. Diante do exposto, buscou-se fazer uma abordagem genérica do instituto da responsabilidade civil, bem como a delimitação de alguns critérios básicos relacionados à perda de uma chance, a fim de dirimir os pontos nevrálgicos que ainda perduram na cabeça de alguns magistrados, em que pese, a saber, estabelecer em que situações deve ser imputada a responsabilidade civil pela perda de uma chance, e sob quais parâmetros deve ser arbitrada à quantificação da indenização do dano. Assim, não obstante o exposto, conforme mencionado ao longo deste trabalho, a chance perdida é aconselhável e razoável que seja considerada apenas diante de situações em que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada seja superior a 50%, já no que tange à quantificação do dano, a indenização deve ser pautada de acordo com a oportunidade tirada e não pela obtenção da vantagem esperada. Por fim, foi destacado o posicionamento que tem sido adotado pela corrente clássica doutrinária e pelo STJ, o qual se filia também o presente trabalho, com vistas a enquadrar o dano da perda de uma chance inserido em uma terceira espécie de dano, entre o lucro cessante e o dano emergente. Todavia, mister ressaltar que a importância da análise adequada da natureza jurídica da perda de uma chance se dá em decorrência da confusão percebida em diversas decisões, onde alguns magistrados vislumbram o dano da perda de uma chance equivocadamente no que tange a enquadrá-lo a título de dano emergente, lucro cessante, dano moral, e o que é pior em determinados momentos no dano final propriamente dito, o que por vezes tal situação acaba motivando pelas improcedências de pedidos indenizatórios ou fixação de indenizações equivocadas, de modo a prejudicar não somente a vítima, mas também o causador do dano que por vezes é obrigado a indenizá-la no montante da vantagem esperada e não pela oportunidade perdida.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Perda. Chance. Dano. Indenização. Vítima.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	11
1.1 Conceito de responsabilidade civil	11
<i>1.1.1 Breve histórico da evolução da responsabilidade civil</i>	<i>11</i>
1.2 Espécies de responsabilidade civil	17
<i>1.2.1 Responsabilidade civil subjetiva</i>	<i>17</i>
<i>1.2.2 Responsabilidade civil objetiva</i>	<i>19</i>
<i>1.2.3 Responsabilidade civil contratual</i>	<i>21</i>
<i>1.2.4 Responsabilidade civil extracontratual</i>	<i>23</i>
2 A PERDA DE UMA CHANCE	26
2.1 Conceito	26
2.2 A leitura da perda de uma chance no Direito comparado e no Brasil	26
<i>2.2.1 França</i>	<i>27</i>
<i>2.2.2 Itália</i>	<i>30</i>
<i>2.2.3 Brasil</i>	<i>38</i>
2.3 O posicionamento doutrinário brasileiro e a natureza jurídica	40
3 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	54
3.1 Mera possibilidade não é passível de indenização	55
<i>3.1.1 A adequada aplicação da teoria da perda de uma chance e o perigo representado pelo uso inadequado do parágrafo único do art. 944 CC/2002</i>	<i>59</i>
<i>3.1.2 A quantificação do dano entre a chance perdida e o dano final</i>	<i>66</i>

3.2 O reconhecimento da perda de uma chance nos tribunais brasileiros	71
3.2.1 <i>Superior Tribunal de Justiça</i>	74
3.2.2 <i>Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios</i>	80
 CONCLUSÃO	 85
 REFERÊNCIAS	 89

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar o instituto da Responsabilidade Civil sob o prisma da responsabilização civil em face da perda de uma chance. Nesse sentido, serão analisados os óbices doutrinários e jurisprudenciais que têm sido opostos à concessão do benefício, haja vista a falta de regulamentação legal e da difícil comprovação do suposto dano sofrido.

Desse modo, a pesquisa foi direcionada de modo à analisar a responsabilização civil pela perda de uma chance no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo abordará o instituto da responsabilidade civil de uma forma genérica, passando por uma breve evolução histórica do instituto e, por fim, delimitará as espécies de responsabilidade civil concebidas em nosso ordenamento pátrio. Objetiva-se, com esse capítulo, esclarecer ao leitor as peculiaridades de tal instituto, para que mais adiante ele possa melhor compreender a temática da responsabilidade civil pela perda de uma chance.

No segundo capítulo, será conceituada a perda de uma chance, bem como será feita a análise do referencial histórico do referido instituto, cujas raízes surgiram a partir da década de 60 na França, difundindo-se pela Itália até chegar ao Brasil, em que pese será feita uma análise da evolução doutrinária e de como a teoria foi absorvida pela jurisprudência desses países, bem como será analisada a natureza jurídica do referido instituto, onde será pormenorizado no âmbito brasileiro.

Todavia, almeja-se, com esse capítulo, demonstrar ao leitor a importância da aplicação do referido tema, diante dos casos de responsabilidade civil em que esteja presente uma real chance perdida no que tange a buscar indenizar a vítima pela oportunidade perdida de perquirir uma situação futura melhor caso não houvesse sido interrompida pelo agente causador do dano.

Em suma, o objetivo principal é tentar solucionar de forma equitativa as demandas judiciais que envolvem o instituto, ainda que não haja regulamentação legal para o

assunto, pois tal fator não pode preponderar ao nos depararmos diante de situações como estas, de forma a impedir que o instituto da Responsabilidade Civil siga rumo a uma constante evolução.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita a abordagem de como tem sido encarada a responsabilidade civil pela perda de uma chance junto ao ordenamento pátrio, onde serão demonstrados os fundamentos teóricos e legais conflitantes ao tema. A intenção é tentar esclarecer os principais pontos nevrálgicos relacionados ao assunto, de forma que se tenha um adequado entendimento da teoria da perda de uma chance. Além disso, haja vista a importância de se vincular a teoria à prática, será feita também uma análise de como os principais tribunais brasileiros vem enfrentando o tema, a fim de estabelecer, a adequada aplicação da perda de uma chance.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 Conceito de responsabilidade civil

O vocábulo responsabilidade origina-se de uma designação latina. Carlos Roberto Gonçalves elucida da seguinte forma “... tem sua origem na raiz latina *spondeo*, pela qual se vinculava o devedor, solenemente, nos contratos verbais no direito romano.” Nesse sentido, na era romana, a forma de se dar segurança as relações jurídicas refletia-se na confiabilidade dada pela palavra do devedor comprometendo-se em honrar seus contratos. Nesse contexto, pode-se depreender que a ideia de responsabilidade está ligada a realidade social da época (2010, p.19).

Responsabilidade civil é um dever imputado por lei ao responsável direto ou indireto que venha a causar danos materiais ou imateriais a terceiros em decorrência dos seus atos ilícitos ora praticados em consonância com o nexo de causalidade e o dano sofrido. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, trata-se “de um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”, que tem como objetivo principal reparar a vítima pelo prejuízo causado (2010, p.24).

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2010, p.35):

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal.

1.1.1 Breve histórico da evolução da responsabilidade civil

Por centenas de anos a responsabilidade civil foi analisada de uma forma equivocada, haja vista que durante esta época a força prevalecia sobre os demais ideais (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.178).

No início da civilização, quando uma vítima era lesionada, punia-se o seu ofensor através da vingança coletiva, com o passar dos anos, surge à vingança privada na qual a vítima reagia contra o causador do dano sem que houvesse o intermédio legal do Estado.

Neste momento, não se cogitava a culpa, tendo em vista que não haviam limites ou regras a serem obedecidas, ou seja, os prejuízos sofridos eram represados através de atitudes cruéis e desproporcionais, de forma que na maioria das vezes eram estendidas aos seus familiares em busca da restauração do sentimento de justiça ora almejado. Deste ambiente histórico, surge a pena de talião, onde a resposta pelos prejuízos sofridos era alcançada pela expressão concebida do “olho por olho, dente por dente” (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.180).

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 24-25):

Nos primórdios da humanidade, entretanto, não se cogitava do fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito. Dominava, então, a vingança privada, ‘forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, da reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos nas suas origens, para a reparação do mal pelo mal’. Se a reação não pudesse acontecer desde logo, sobrevinha à vindita imediata, posteriormente regulamentada, e que resultou na pena de talião, do ‘olho por olho, dente por dente’.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz aduz que (2010, p.10-11):

[...] nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, que se caracterizava pela reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes. Posteriormente evoluiu para uma reação individual, isto é, vingança privada, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob a égide da Lei de Talião, ou seja, da reparação do mal pelo mal, sintetizada nas fórmulas ‘olho por olho, dente por dente’, quem com ferro fere, com ferro será ferido.

Mais adiante, a vítima passa a ter a opção de escolha em relação a compensar o prejuízo sofrido através de uma contraprestação pecuniária, ou seja, ela passa a rejeitar a pena de talião ao perceber que o abono econômico em muitas situações lhe passa a ser mais favorável (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.180).

Sobre o tema Carlos Roberto Gonçalves faz referência que [...] “o prejudicado passa a perceber as vantagens e conveniências da substituição da vindita, que gera a vindita, pela compensação econômica” (2010, p.25).

Com o passar dos anos esta faculdade de escolha foi abolida, e a compensação financeira se tornou um fator de ordem obrigatória, uma vez que o legislador passou a vedar a possibilidade de se fazer justiça com as próprias mãos. Logo, surge a Lei das

XII Tábuas, à qual se constituía pela composição econômica obrigatória, e era tarifada, fixando-se para cada caso concreto um valor pecuniário devido pelo ofensor em favor da vítima, base para a atual noção de indenização de danos (GONÇALVES, 2010, p. 25).

Assim, segue Carlos Roberto Gonçalves ao mencionar que (2010, p.25):

Num estágio mais avançado, quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo em consequência, as mais esdrúxulas tariffações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes do trabalho.

Nesta esteira segue José de Aguiar Dias ao mencionar (1997, p.13):

[...] O legislador se apropria da iniciativa particular, intervindo para declarar quando e em que condições têm a vítima o direito de retaliação. [...], buscando evitar o cometimento de abusos e atrocidades.

E Maria Helena Diniz ao dizer que (2010, p. 11):

Para coibir abusos, o poder público intervinha [...] para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Na Lei das XII Tábuas, aparece significativa expressão desse critério na tábua VII, lei 11ª: *‘si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto’* (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se existiu acordo).

Posteriormente, surge a lei penal conhecida como “*Lex Aquilina de damno*”, também chamada de Lei Aquilina, tendo em vista que o seu criador se chamava Lúcio Aquílio. Ressalta-se que tal lei não revogou totalmente a legislação anterior, uma vez que ela se destinava também a assegurar um castigo à pessoa que causasse o dano a outrem, porém com um pequeno diferencial, a observância da presença do fator culpa nas relações em que o infrator do dano houvesse agido com a premissa de prejudicar o terceiro, ou seja, na era Aquiliana não se permitia condenar alguém sem que este houvesse agido, intencionalmente, com o objetivo de causar o ato lesivo (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.181).

Entretanto, se condenado fosse o lesante do dano, este respondia com o seu patrimônio até o valor do prejuízo causado, objetivando-se, assim, não empobrecer o lesante e não enriquecer o lesado à custa daquele. Com o passar dos anos a Lei Aquilia passou a ser

aplicada também em situações em que se verificasse o dano mesmo que diante de uma situação omissiva, bem como nas situações em que houvesse a ausência do estrago físico e patrimonial da coisa (DINIZ, 2010, p.11).

Neste contexto histórico ainda não havia a distinção entre a responsabilidade civil e penal, distinção esta que só veio ocorrer na Idade Média, quando surgiu a ideia de dolo, qual seja, a culpa *stricto sensu*, decorrentes da doutrina e do Código Civil francês (DINIZ, 2010, p. 11).

E é nesse sentido que segue o entendimento de Maria Helena Diniz (2010.p.11):

A Lex Aquilia de damno veio cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da *res*, esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A *Lex Aquilia de damno* estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor. Esta lei introduziu o *damnum iniuria datum*, ou melhor, prejuízo causado a bem alheio, empobrecendo o lesado, sem enriquecer o lesante. Todavia, mais tarde, as sanções dessa lei foram aplicadas aos danos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos, obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal.

Na Idade Média, com a estruturação da ideia de dolo e de culpa *stricto sensu*, seguida de uma elaboração da dogmática da culpa, distinguiu-se a responsabilidade civil da pena [sic].

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves aduz que: “é na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador de reparação do dano. [...] a *Lex Aquilia* no *damnum iniuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa” (2010, p.25).

Nos dizeres de Gilberto Andreassa Júnior, foi neste período histórico que surgiram os três elementos embaixadores da responsabilidade civil, quais sejam: “(a) *damnum*, ou lesão na coisa; (b) a *iniuria*, ou ato contrário ao direito; c) culpa, quando o dano resultava de ato positivo do agente, praticado por dolo ou culpa”. É importante frisar, que a ideia de dolo só foi devidamente esclarecida na Idade Média, com o surgimento da dogmática da culpa (2009, p.181).

Acerca do tema, Carlos Roberto Gonçalves elucida (2010, p. 26):

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românticas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos de composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Era a generalização do princípio aquiliano: *in lege Aquilia et levíssima culpa venit*, ou seja, ainda que levíssima, obriga a indenizar. A noção da culpa in abstracto e a distinção entre culpa delitual e culpa contratual foram inseridas no Código Napoleão, inspirando a redação dos arts. 1.382 e 1.383. A responsabilidade civil se funda na culpa – foi a definição que partiu daí para inserir-se na legislação de todo o mundo.

Tais fundamentos foram adotados pela legislação brasileira e mantidos em seus artigos 186 e 927 do CC/2002, onde prevalece o princípio da responsabilidade com base na culpa (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.181).

Cabe destacar que, no início do século passado, houveram várias divergências concernentes a teoria da culpa, pois esta, em muitos casos cotidianos, tornava-se um pressuposto de difícil comprovação, principalmente, nos casos que envolviam empresas de grande porte. Destarte, surge a responsabilidade objetiva, cujo elemento culpa torna-se desnecessário para se responsabilizar o causador do dano, como veremos mais adiante (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.182).

Em suma, séculos se passaram, grupos e clãs se tornaram mais conscientes, e fizeram com que a evolução do ordenamento jurídico se desenvolvesse em largas proporções desde os primórdios até chegar aos dias atuais. Evolução esta, que tende a se desenvolver cada vez mais, principalmente, na esfera do instituto da responsabilidade civil (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.178).

Vislumbra-se, assim, a constante busca pela satisfação, compensação e proteção das necessidades humanas em situações em que estas se encontram a mercê da prática de atos danosos praticados por terceiros que não raras vezes encontram-se influenciados por questões psicológicas ou mesmo em consonância com o próprio livre-

arbítrio.

Dessa forma, sempre que possível, deve-se proporcionar a vítima a recomposição do seu direito atingido, reparando-a em espécie ou em pecúnia pelo mal causado.

Assim, esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 19-20):

Dentre as várias acepções existentes, algumas fundadas na doutrina do livre-arbítrio, outras em motivações psicológicas, destaca-se a noção de responsabilidade como aspecto da realidade social. [...] Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. [...] Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o statu quo ante.

Ante o exposto, percebe-se que a responsabilidade civil tem como principal objetivo tentar reconstituir o equilíbrio material e ou moral que foram transgredidos, pois o dano que não é reparado traz ensejo à manifestação do desassossego social, e sem sombra de dúvida, é esse um dos principais motivos que levam os ordenamentos contemporâneos a almejem cada vez mais na constante busca do alargamento do dever de indenizar.

Acerca desse entendimento Gilberto Andreassa Júnior, destaca que (2009, p.179):

Os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um dano não reparado é um fator de inquietação social, e por isso os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Em função disso, tenta-se diminuir o volume em nossos tribunais dos danos irressarcidos, bem como colaborar para que se restabeleça o sentimento de justiça por aquele que teve o seu bem violado. Objetiva-se com isso restabelecer o mais equitativamente possível esse sentimento de justiça, pois com a reparação pecuniária, o mal que foi causado será reparado o mais próximo possível em relação ao dano sofrido.

Acerca desse entendimento, segue Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.13):

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizarro, in Danôs, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados.

Em síntese a vítima deve ser ressarcida na mesma proporção em que foi lesada. Quando não for possível auferir o valor ou a intensidade do dano, que seja então a vítima indenizada ou compensada de forma mais equitativamente possível.

Desta feita, afere-se que o instituto da responsabilidade civil é apenas uma obrigação imposta pela lei às pessoas que causam danos, patrimoniais ou morais, perante terceiros de boa-fé.

1.2 Espécies de responsabilidade civil

As espécies de responsabilidade civil podem se subdividir quanto ao seu fato gerador e quanto ao seu fundamento. No que concerne ao fato gerador à responsabilidade poderá ser contratual e extracontratual, já em relação ao seu fundamento ela será subdividida em subjetiva e objetiva (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.182).

1.2.1 Responsabilidade civil subjetiva

Conforme já relatado, a doutrina francesa aponta três pressupostos na responsabilidade civil subjetiva, sendo que o primeiro é a identificação do elemento formal, que se trata de uma violação de um dever jurídico mediante uma conduta voluntária; o segundo é o elemento subjetivo, que pode ser o dolo ou da culpa; e o terceiro é o elemento causal-material, que é o dano propriamente dito e a respectiva relação de causalidade. Salienta-se que esses três elementos são também identificados pelo nosso Código Civil Brasileiro em seu art.186. Sérgio Cavalieri Filho, em sua obra, faz referência desse artigo da seguinte forma (2010, p.18):

- a) conduta culposa do agente, o que fica patente pela expressão ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia’;
- b) nexo causal, que vem expresso no verbo causar; e
- c) dano, revelado nas expressões ‘violar direito ou causar dano a outrem’.

Nessa linha, para que haja a configuração da obrigação de indenizar na esfera da responsabilidade civil subjetiva, é imprescindível que o ato praticado decorra de um ato ilícito, expresso nos artigos 186, 187 e 927 do CC/2002. Além disso, faz-se obrigatória a presença da ideia de culpa *lato sensu*, deve estar presente à intenção do agente em causar o dano a outrem, pois caso contrário não há que se falar em imputabilidade por responsabilização civil (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.183).

Complementando o assunto, Sérgio Cavalieri Filho aduz que (2010, p.18):

[...] a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.

Neste caso, a prova da culpa do agente passa a ser um pressuposto necessário do dano indenizável e a responsabilidade pelo dano causado se configurará, independentemente, se o mesmo agiu com dolo. Carlos Roberto Gonçalves define o dolo como sendo o “pleno conhecimento do mal e perfeita intenção de praticá-lo”, e a culpa *stricto sensu*, como sendo a “violação de um dever que o agente podia conhecer e observar, segundo os padrões de comportamento médio” (2010, p.35).

Sobre o tema, têm-se os ensinamentos de Sílvio de Salvo Venosa (2004, p.28):

A culpa civil em sentido amplo abrange não somente o ato ou conduta intencional, o dolo (delito, na origem semântica e histórica romana, mas também os atos ou condutas eivados de negligência, imprudência ou imperícia, qual seja, a culpa em sentido estrito (quase-delito). [...] Essa distinção, modernamente, já não possui maior importância no campo da responsabilidade. Para fins de indenização, importa verificar se o agente agiu com culpa civil, em sentido lato, pois como regra, a intensidade do dolo ou da culpa não deve graduar o montante da indenização. [...] A indenização deve ser balizada pelo efetivo prejuízo.

No mesmo sentido leciona Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.16):

A ideia de culpa está visceralmente ligada à responsabilidade, por isso que, de regra, ninguém pode merecer censura ou juízo de reprovação sem que tenha faltado com o dever de cautela em seu agir. Daí ser a culpa, de acordo com a teoria clássica, o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva.

O Código Civil de 2002, em seu art. 186 (art. 159 do Código Civil de 1916), manteve a culpa como fundamento da responsabilidade subjetiva. A palavra culpa está sendo aqui empregada em sentido amplo, *lato sensu*, para indicar não só a culpa *stricto sensu*, como também o dolo. Por essa concepção clássica, todavia a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna.

Podemos afirmar, portanto, que para que haja a configuração da responsabilidade civil subjetiva, é irrefutável que haja a presença da culpa *lato sensu*, bem como a comprovação do dano e do nexo de causalidade em conformidade com a ação do agente, ato praticado e a consequência do dano. Comprovada a responsabilização civil, esta deve ser indenizada na proporção do dano sofrido, para evitar o enriquecimento ilícito de ambas às partes (GONÇALVES, 2010, p.33-35).

1.2.2 Responsabilidade civil objetiva

Quanto à responsabilidade civil objetiva, podemos dizer que esta gira em torno de uma comprovação menos burocrática, haja vista que a teoria da presunção da culpa não é um fator relevante para a imputação da responsabilização, bastando que haja apenas a comprovação da existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Dessa forma, a responsabilidade civil objetiva surgiu da obra de doutrinadores franceses e atualmente obtém destaque através do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002 (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.184).

Sob esse prisma, Silvio de Salvo Venosa preleciona (2007, p.12):

A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do art.927. Portanto, na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva.

Portanto, a responsabilidade objetiva, surgiu com um propósito de defender de forma mais ampla a vítima do dano, visando repará-la nas diversas situações em que se torna praticamente impossível para ela fazer prova de culpa do responsável que lhe causou o

dano. Aliada a esta ideia, surge à teoria do risco, que vislumbra beneficiar e proteger os hipossuficientes e, como exemplo pode-se citar a legislação do consumidor, recentemente criada para garantir a proteção contratual dos consumidores, vez que é notória a sua fragilidade diante de uma relação de consumo, ou seja, não podemos contestar a sua vulnerabilidade neste tipo de mercado, conforme dispõe o artigo 4º, I, do CDC/1990 (CAVALIERI FILHO, 2010, p.484).

Nesse contexto o Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece as hipóteses de indenização do dano em seus artigos 8º a 28º, independentemente, se existe a culpa por parte do fabricante, do fornecedor, e do comerciante dentre outros que poderíamos citar, mas que não é relevante no presente estudo.

Depreende-se da teoria do risco, que toda pessoa que exerce alguma atividade passível de criar riscos a terceiros, esta deve arcar com o ônus da reparação, chamado de “risco- proveito” na concepção de Carlos Roberto Gonçalves, e também denominada por vários doutrinadores como teoria do risco criado e do risco benefício (2010, p. 2).

Ressalta-se, que tal teoria também abarca como fazendo parte do seu universo àqueles profissionais das áreas consideradas de alto risco, objetiva-se, assim, a propagação de proteção aos funcionários expostos às situações de alta periculosidade, e como exemplo mais marcante podemos citar àquelas situações decorrentes de acidentes de trabalho. (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.185).

Assim explica em sua obra Silvio de Salvo Venosa (2007, p.9):

Na teoria do risco leva-se em conta o perigo da atividade do causador do dano por sua natureza e pela natureza dos meios adotados. Nesse diapasão poderíamos exemplificar com uma empresa que se dedica a produzir e apresentar espetáculos com fogos de artifício. Ninguém dúvida que o trabalho com pólvora e com explosivos já representa um perigo em si mesmo, ainda que todas as medidas para evitar danos venham a ser adotadas.

Sobre o assunto preleciona Sérgio Cavalieri Filho (2010, p.181):

Todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem

como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos [...]. O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através de mecanismos de preço proceder a essa repartição de custos sociais de danos.

Logo, podemos afirmar que a responsabilidade civil objetiva tem como principal escopo, proteger e ressarcir as pessoas em inúmeras situações que não seriam passíveis de serem indenizadas, haja vista a dificuldade e inviabilidade da comprovação de culpa do agente causador do dano. Doravante, a inovação trazida no art.927 do Código Civil é de extrema importância no nosso direito pátrio, uma vez que possibilita a responsabilização civil sem que haja a necessidade da comprovação da culpa, em que pese a desprezar a intenção de agir.

Conforme explanado, segundo preleciona Gilberto Andreassa Júnior “as teorias objetivas modernas trazem novos posicionamentos, visando sempre à satisfação da vítima do dano, como por exemplo, a *res ipsa loquitur*, assim como a *perte d’une chance*”, que será analisada mais adiante (2009, p.186).

1.2.3 Responsabilidade civil contratual

Conforme podemos abstrair dos artigos 389 e 395 do CC/2002, a responsabilidade civil contratual decorre de uma inexecução de um negócio jurídico bilateral ou unilateral. Resulta, portanto, do descumprimento de uma cláusula contratual estabelecida pelos contraentes que gozam de plena capacidade civil no momento da celebração contratual. (DINIZ, 2010, p.129).

Sérgio Cavalieri Filho preleciona que (2010, p.15-16):

[...] Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece

um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade).

Em outras palavras, podemos afirmar que quando uma das partes infringe uma cláusula contratual nascida da convenção estabelecida entre ambas, e que pode ser classificada como expressa ou tácita, surge aí o ilícito contratual em decorrência do inadimplemento de uma obrigação. Nesse caso, deve o contraente que deu causa ao ato culposo e que acarretou prejuízo à outra parte ser responsabilizado civilmente a fim de que ele possa reparar ou minimizar os danos que causou à outra parte. A responsabilidade civil contratual, conforme preleciona Maria Helena Diniz, baseia-se “no dever do resultado, o que acarretará a presunção da culpa pela inexecução previsível e evitável da obrigação nascida da convenção prejudicial à outra parte” (2010, p.129).

E segue nesta mesma linha Antônio Elias Queiroga (2003, p.8):

A responsabilidade civil [...] se classifica em contratual e extracontratual, sendo aquela quando duas pessoas celebram uma determinada obrigação e uma delas não cumpre a sua parte, causando lesão ao patrimônio da outra. Necessariamente, não se exige que a obrigação seja formalmente escrita. O locatário, por exemplo, que mantém contrato verbal com o locador, e causa estragos no prédio locado, comete ato ilícito contratual e pode ser, civilmente, responsabilizado a compor o prejuízo.

Carlos Roberto Gonçalves se posiciona da seguinte maneira (2010, p.44):

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação contratual. Por exemplo: quem toma um ônibus tacitamente celebra um contrato, chamado contrato de adesão, com a empresa de transporte. Esta, implicitamente, assume a obrigação de conduzir o passageiro ao seu destino, são e salvo. Se, no trajeto, ocorre um acidente e o passageiro fica ferido, dá-se o inadimplemento contratual, que acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do art. 389 do Código Civil.

Ressalta-se, entretanto, que não haverá a imputação da responsabilidade civil contratual quando o devedor provar que o inadimplemento é decorrente de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, entretanto, é importante destacar que é permitido a um dos contraentes assumir os prejuízos que decorram dessas situações, desde que esse ato se estabeleça de maneira formal (GONÇALVES, 2010, p. 46).

Corroborando esse entendimento Maria Helena Diniz ao destacar que: “na responsabilidade contratual será possível estipular cláusula para reduzir ou excluir a

indenização, desde que não contrarie a ordem pública e os bons costumes” (2010, p.129).

Dessa forma, depreende-se que a culpa contratual examina o inadimplemento como seu principal fundamento e os termos e limites da obrigação. Em função disso, não será possível imputar a responsabilidade contratual sem que antes o devedor esclareça os motivos da mora, haja vista que a ele cabe o ônus da prova diante dessas situações. (VENOSA, 2010, p.23).

Deve-se destacar, ainda, no presente estudo, que a responsabilidade civil contratual também pode ser estendida perante terceiros que são atingidos de forma reflexa quando ocorre o inadimplemento contratual é desobedecido por um dos contraentes (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.187).

Silvio de Salvo Venosa trata o assunto da seguinte maneira (2004, p.25):

Há tendência de ser estendida a responsabilidade contratual a terceiros atingidos por um negócio jurídico originário. Essa extensão possui evidentes reflexos no montante e nos limites da indenização, geralmente balizados pelo contrato.

Resta claro, portanto, que para que haja a configuração da responsabilidade contratual é necessário que ocorra a inexecução do contrato válido, no todo ou em parte, e que ainda esteja presente a ocorrência do ilícito contratual, de sorte que o descumprimento dessa obrigação resultará na responsabilização contratual, cuja premissa principal é tentar minimizar o prejuízo causado à outra parte, bem como a terceiros que são atingidos de forma reflexa em decorrência do inadimplemento pactuado (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 292-293).

1.2.4 Responsabilidade civil extracontratual

No que tange a responsabilidade civil extracontratual, também denominada aquiliana, é importante destacar que esta espécie não deriva de contrato, ou seja, não há um envolvimento contratual entre as partes litigantes. Neste caso, basta, apenas, que seja observada a disposição contida no art. 186 CC/2002, tendo em vista que é a conduta culposa do agente, seja ela, *strictu sensu* ou dolo, que determinará a imputação da responsabilidade civil extracontratual de modo a estabelecer a obrigação de indenizar a aquele que causar dano a outrem (ANDREASSA JÚNIOR, 2009, p.188).

Carlos Roberto Gonçalves trata o assunto da seguinte maneira (2010, p.44):

Quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual. Neste caso, aplica-se o disposto no art.186 do Código Civil. Todo aquele que causa dano a outrem, por culpa em sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.

Na responsabilidade extracontratual, o agente é responsabilizado por infringir um dever legal, sendo importante frisar que no momento em que ele pratica o ato ilícito não há nenhum vínculo jurídico estabelecido entre as partes. Conforme preleciona Carlos Roberto Gonçalves nesse tipo de responsabilidade, o ônus da prova fica vinculado à comprovação da vítima, ou seja, quando ocorre um atropelamento, por exemplo, o autor da ação é que fica incumbido de provar que o fato se deu por culpa do agente, no caso específico, o motorista (2010, p.46).

Nos dizeres de Gilberto Andreassa Júnior (2009, p.188):

[...] a responsabilidade extracontratual gera um vínculo até então inexistente entre as partes. [...] o *ônus probandi* deverá demonstrar o porquê de suas fundamentações. Todavia, em casos especiais, o dever de prova poderá ser invertido, em face da presunção de culpa.

Dessa forma, a responsabilidade extracontratual visa proteger à vítima quando esta se vê diante de uma situação, cuja, a inobservância do dever genérico de não lesar ninguém é ignorado por aquele que causo dano a esta (GONÇALVES, 2010, p. 46).

Por conseguinte, podemos dizer que haverá responsabilidade extracontratual quando ocorrer à violação de um dever estabelecido na lei, ou na ordem jurídica, cuja principal premissa se pauta no dever geral de não causar dano a ninguém (CAVALIERI FILHO, 2010, p.16).

É importante destacar, ainda, que a responsabilidade civil extracontratual de uma forma geral também pode ser imputada aos legalmente responsáveis pelos incapazes, haja vista a inobservância ao dever de guarda que lhes são inerentes. Porém, conforme preleciona o artigo 928 do CC/2002, bem como o seu parágrafo único, toda vez que as pessoas por eles responsáveis não tiverem a obrigação legal de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes para indenizar o prejuízo que foi causado à vítima, os incapazes

responderão civilmente caso disponham de patrimônio suficiente a reparar o dano, de modo que isso não venha a privá-los do necessário ou aqueles que dele dependam (GONÇALVES, 2010, p.46-47).

Em suma, o princípio da responsabilidade civil extracontratual se pauta pelos princípios da responsabilidade subjetiva, conforme se abstrai da regra geral trazida no caput do art. 927/2002, onde a demonstração do fator culpa é imprescindível para que ocorra a sua caracterização, em que pese, somente, será possível imputar a culpa extracontratual em situações em que a vítima consiga comprovar o dano causado pelo agente que lhe deu causa, exceção, se faz a aquelas situações que a culpa é presumida (VENOSA, 2004, p.19).

Desta feita, não obstante as várias espécies da responsabilidade civil, resta destacar, que todas elas visam reparar o dano sofrido pela vítima, haja vista a observância de uma justiça o mais equânime possível para todos sem que haja qualquer distinção de pessoa quando esta for vítima da prática de um ato ilícito causado por outrem.

2 A PERDA DE UMA CHANCE

2.1 Conceito

Caracteriza-se por chance perdida a situação em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, pois bem, decorre das situações em que se torna inviável a reparação do dano em virtude da dificuldade de se comprovar a configuração do nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. A reparação cível pela perda de uma chance visa proporcionar uma reparação indenizatória à vítima que se vê privada da oportunidade de obter um lucro ou de evitar uma perda, baseada em fundamentos reais e não meramente hipotéticos, haja vista que deve-se tratar de uma chance séria, onde a probabilidade de se obter o êxito esperado seja superior a cinquenta por cento em lográ-lo (CAVALIERI FILHO, 2010, p.77-78).

2.2 A leitura da perda de uma chance no Direito comparado e no Brasil

A responsabilidade civil em face da perda de uma chance surgiu junto ao Direito Comparado com o intuito de ampliar novos horizontes ao instituto da responsabilidade civil, com vista a proporcionar uma maior proteção a aquelas vítimas que são privadas de seus direitos diante de situações em que se torna inviável a efetiva demonstração de existência do nexo etiológico entre a culpa e o dano causado, haja vista a oportunidade que lhes são subtraídas, em que pese a obter determinada vantagem ou evitar um prejuízo, uma vez que o assunto não é respaldado por lei.

Desta feita, a teoria da perda de uma chance teve início na França por volta da década de 60, e logo se expandiu para a Itália na década de 80, países onde o tema despertou acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao assunto até que ocorresse a sua absorção no ordenamento jurídico brasileiro na década de 90 (AGUIAR, 2010, p.E.1).

Contudo, todavia, é importante frisar que, ainda, existe certo temor por parte de alguns magistrados em aplicá-la, uma vez que falta de regulamentação legal para a concessão do benefício em nosso ordenamento pátrio (AGUIAR, 2010, p.E.1).

Doravante, tecidas algumas considerações sobre a responsabilidade civil por perda de uma chance, pretende-se, com os próximos tópicos demonstrar como é que se deu a evolução histórica de referido instituto, o que será feito passando-se pelos países de origem, França e Itália, para que haja uma melhor compreensão do assunto, antes de adentrarmos com o tema no âmbito brasileiro que muito se baseou em estudos doutrinários e jurisprudenciais de referidos países.

2.2.1 França

A perda de uma chance (*perte d' une chance*) surgiu na França em meados do século XIX, mais precisamente em 17 de julho de 1889, em uma ação na qual a Corte de Cassação veio a indenizar um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que contribuiu para a extinção de todas as oportunidades de que autor lograsse êxito na causa, no decorrer do seu normal procedimento (SILVA, RP, 2009, p.10-11).

Ressalta-se, entretanto, que o instituto aprimorou-se e ganhou maior notoriedade, somente, a partir da década de 60, no momento em que passou a ser aceito pela Corte de Cassação Francesa depois de acirradas discussões doutrinárias sobre a distinção entre o resultado perdido e a possibilidade ceifada de obtê-lo. É importante, destacar, que os juristas franceses corroboravam do entendimento de que a indenização tinha que ser feita independentemente da certeza do resultado final, ou seja, a vítima deveria ser ressarcida diante daqueles casos nos quais estivessem presentes as elevadas probabilidades, dela obter uma vantagem ou de evitar uma perda, no que tange o prejuízo ocasionado pela prática do ato ilícito do agente responsável pelo dano (SAVI, 2009, p.3-4).

Sérgio Savi em sua obra trata o assunto da seguinte forma (2009, p.3):

Na França, houve dedicação maior ao tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão dos estudos desenvolvidos naquele país, ao invés de admitir a indenização pela perda da vantagem esperada, passou-se a defender a existência de um dano diverso do resultado final, qual seja, o da perda de uma chance. Teve início, então, o desenvolvimento de uma teoria específica para estes casos, que defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem perdida. Isto é, fez-se uma distinção entre o resultado perdido e a possibilidade de consegui-lo. Foi assim que teve início a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance.

A priori, a perda de uma chance passou a ser aplicada diante daqueles casos relacionados à atividade médica, onde ficou conhecida como teoria da perda de uma chance de sobrevivência ou de cura (*perte d'une chance de survie ou guérison*), priorizando-se, então, a ideia do prejuízo sofrido em detrimento dos demais pressupostos formadores da responsabilidade civil (ANDRADE; ZAMARIOLA JUNIOR, 2003).

Nesta esteira Kfouri Neto, comenta o assunto (2003, p.53):

O primeiro julgado, na França, que inaugura a jurisprudência sobre a perda de uma chance, é da 1ª Câmara da Corte de Cassação, reapreciando caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, de 17.07.1964. O fato ocorreu em 1957. Houve um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Entendeu-se em 1ª instância que, entre o erro do médico e as graves consequências (invalidez) do menor não se podia estabelecer de modo preciso um nexos de causalidade. A Corte de Cassação assentou que: 'Presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade'. Tal entendimento foi acatado a partir da avaliação de o médico haver perdido uma 'chance' de agir de modo diverso – e condenou – o a uma indenização de 65.000 francos.

É importante, frisar, que as indenizações em face da perda de uma chance não pararam por aí. Após esta ação surgiram várias outras decisões advindas da corte francesa relacionadas ao tema, dentre as quais podemos citar outro caso de erro médico julgado em 1969 que foi mencionado no trabalho de Glenda Gondim, onde a mesma relatou o caso de um médico que foi condenado por operar uma paciente de apendicite que veio a falecer logo após o procedimento cirúrgico. No caso em tela, foi constatada que a causa mortis decorreu de complicações pós-operatórias, haja vista a falta de cautela do médico que não solicitou à paciente a realização dos exames pré-operatórios os quais eram imprescindíveis e necessários para melhor auxiliá-lo durante a operação, em que pese a proporcionar aos profissionais da área maior segurança e eficácia em quadros cirúrgicos dessa natureza (2005, p.22).

Miguel Kfouri Neto ao mencionar Jorge Sinde Monteiro, onde o mesmo faz referência à perda de uma chance em situações que decorram de erro médico, o faz com os seguintes dizeres (2002, p.98):

Pois bem. Uma corrente jurisprudencial que começou a ganhar pé, em França, a partir do início dos anos 60, e que se pode dizer consolidada a partir de 1965, impõe ao médico que, por culpa sua, fez perder ao doente uma possibilidade séria de cura ou de sobrevivência, uma obrigação de indenização, todavia parcial com respeito ao prejuízo final constituído pela

morte ou incapacidade. É o que se designa por *perte de chance de guérison ou de survie*”.

Não obstante, frise-se que com o passar dos anos a responsabilidade civil pela perda de uma chance foi ganhando espaço com outras matérias junto a Corte de Cassação Francesa, onde os juristas franceses também passaram a apreciar as hipóteses de perda de uma chance nas situações de lograr êxito diante de um jogo de azar, uma competição esportiva, pela quebra do dever de informar, falhas de advogados, dentre várias outras que poderíamos citar, mas que não vem a caso no momento (SILVA, RP, 2009, p.155).

A propósito, a Corte de Cassação também se sente à vontade para conferir a perda de uma chance diante de prejuízos futuros. Todavia, podemos citar um caso de responsabilização pela perda de uma chance de uma viúva que ficou prejudicada por ter perdido uma oportunidade de ter usufruído de uma melhor condição social em decorrência da conduta culposa do réu que foi condenado por matar o seu marido, em que pese que na ocasião a vítima era considerada um brilhante médico residente (SILVA, RP, 2009, p.156).

Por outro lado, podemos concluir que as hipóteses, mormente comentadas constituem casos clássicos de utilização da perda de uma chance como dano autônomo, haja vista a interrupção do processo aleatório ante a conduta do réu (SILVA, RP, 2009, p.156).

Entretanto, apesar da doutrina francesa ser favorável à aplicação da perda de uma chance nos casos acima mencionados, é importante, frisar, que grande parte, ainda, não é favorável a sua aplicação diante das situações que decorrem da seara médica (SILVA, RP, 2009, p. 156).

Contudo, apesar das divergências explanadas entre os diversos doutrinadores sobre o tema exposto, é relevante, esclarecer que, isso não interfere nas decisões e nem tampouco nas argumentações da Corte de Cassação francesa, uma vez que podemos aferir que os acórdãos mais recentes demonstram o prosseguimento da responsabilização civil pela perda de uma chance em diversas áreas, bem como a continuidade de sua aplicação diante dos casos médicos (SILVA, RP, 2009, p.156).

Ao final, consigna-se, mais uma vez, o quão importantes foram as decisões francesas em relação ao desenvolvimento da responsabilidade civil, sob a óptica da

aplicabilidade do instituto em face da perda de uma chance, onde por diversas vezes as pessoas eram lesadas, e não eram ressarcidas pela oportunidade perdida, tendo em vista a dificuldade que se tem para comprovar o nexo etiológico entre a culpa e o dano causado. Nesta esteira, cfoi assim que a teoria pela chance perdida se alastrou por diversos países, dentre os quais estão inseridos a Itália e o Brasil, que serão abaixo analisados.

2.2.2 Itália

Pois bem, na Itália, assim como ocorreu na França, houve grandes resistências ao acolhimento da presente teoria, porém, estas foram superadas com base em argumentações favoráveis de importantes juristas, como Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola (SAVI, 2009, p.4).

De início a teoria da perda de uma chance foi analisada pela primeira vez, na década de 40, quando Giovanni Pacchioni, professor da Università di Milano, tratou do assunto em sua obra *Diritto Civile Italiano*, onde se manifestou contrariamente à aplicação de tal teoria, ao fazer referência a alguns exemplos dentre os quais podemos destacar o de um pintor que envia um quadro pelo correio para participar de uma exposição, mas, por culpa da empresa o quadro não é entregue a tempo na galeria para participar do referido evento, talvez por ter sido extraviado ou até mesmo por ter sido destruído pelo caminho. Além desse, o autor cita outro exemplo que é o de um jóquei que foi contratado para montar um cavalo de corrida o qual lhe foi entregue pelo próprio proprietário, mas que também não comparece ao local, por sua exclusiva culpa, para participar do grande prêmio (SAVI, 2009, p.7).

No entendimento do professor Pacchioni, essas hipóteses, bem como várias outras que ele considera como danos hipotéticos, não são louváveis de serem apreciadas pelo poder judiciário, tendo em vista a incerteza do dano certo, pois, ainda, que estas situações não tivessem ocorrido, mesmo assim, não seria possível auferir com precisão que haveria êxito da vitória para ambas as situações reportadas (SAVI, 2009, p.7-8).

Dessa forma, o referido professor deixa claro que não concorda com a doutrina francesa ao mencionar que ‘uma simples possibilidade, uma chance, tem sim um valor social notável, mas não um valor de mercado’ (SAVI, 2009, p. 7-8).

Entretanto, após esse, bem como vários outros posicionamentos contrários que surgiram com o passar do tempo, é importante, frisar, que o assunto foi contornado por Adriano de Cupis, à época professor de direito civil da Università di Perugia, de forma favorável, no que tange à aplicabilidade da responsabilização civil pela perda de uma chance, quando em 1966, em sua obra intitulada *Il Danno: Teoria Generale Della Responsabilità Civile*, ele veio a abordar de maneira correta à compreensão desse instituto aliado à teoria da perda de uma chance dentro do cenário do Direito Italiano (SAVI, 2009, p.10).

Destarte, ao enfrentar os exemplos citados por Pacchioni, De Cupis, reconheceu em parte o fundamento do autor, ao dar-lhe razão, em relação, à inviabilidade da responsabilização civil diante de uma mera situação de dano hipotético, uma vez que as vítimas não devem ser indenizadas com base no dano propriamente dito, com vista à incerteza de que o dano ocorreria, mas sim sob os fundamentos da oportunidade perdida, tendo em vista que nos casos mencionados não se tem como auferir que a consequência da vitória ocorreria, caso ambas as partes tivessem participado da exposição e da corrida (SAVI, 2009, p.10-11).

No entanto, De Cupis, defende a ideia de que também não se pode negar que houve um prejuízo causado às vítimas, no momento em que elas foram privadas da oportunidade da competição. Dessa forma, esclarece que o valor da indenização deve se pautar pelas proporções de uma real chance perdida, e não pelos meros parâmetros da certeza da vitória (SAVI, 2009, p.10-11).

De Cupis, preceitua da ideia de que não se deve auferir o valor patrimonial da chance de vitória por si só considerada, mas sim com base na análise da perda da chance da vitória. Todavia, o referido autor, entende que o dano sofrido deve ser comparado a um conceito de dano emergente, pois só assim se tornará mais tranquila a admissão da possibilidade de indenização nestes casos, haja vista que se a vitória for tratada como sendo uma espécie de dano emergente será difícil afastar as objeções da incerteza que giram em torno do dano, pois não é possível termos a certeza do êxito da vitória futura (SAVI, 2009, p.11).

Neste sentido, vale a pena transcrever um trecho da obra do jurista Adriano De Cupis, citado e traduzido por Sérgio SAVI, que foi de extrema importância para o

reconhecimento da perda de uma chance juto ao Direito Italiano (1966 *apud* SAVI, 2009, p.11).

A vitória é absolutamente incerta, mas a possibilidade de vitória, que o credor pretendeu garantir, já existe, talvez em reduzidas proporções, no momento em que se verifica o fato em função do qual ela é excluída: de modo que se está em presença não de um lucro cessante em razão da impedida futura vitória, mas de um dano emergente em razão da atual possibilidade de vitória que restou frustrada.

Nesta esteira, De Cupis, ainda, colaborou com importantes relatos acerca da importância da referida teoria, com a ressalva que nem todos os casos são passíveis de serem indenizados pela perda de uma chance, pois para que sejam indenizados é necessário que a chance trate-se de uma chance séria e real, pois, simples esperanças aleatórias não devem ser consideradas como uma oportunidade perdida, bem como não são passíveis de indenização. E pontua o assunto com o exemplo de morte de uma pessoa que costumava jogar na lota, onde indaga que a chance de vitória num jogo aleatório jamais pode ser indenizada, uma vez que esse tipo de prática não é levado em consideração pelo instituto da responsabilidade civil (SAVI, 2009, p.11-12).

Já em relação à quantificação do dano, De Cupis, afirma que esta deve ser auferida de forma equitativa pelo juiz, porém o mesmo não menciona os critérios que devem ser adotados pelo julgador em relação a esta situação (SAVI, 2009, p.12).

Em outras palavras, Adriano de Cupis, foi um autor de extrema importância que contribuiu com seus diversos ensinamentos perante o ordenamento jurídico Italiano, onde a jurisprudência deste país passou a entender, paulatinamente, a relevância da responsabilização civil em face da perda de chance no que tange à evolução do instituto da responsabilidade civil (SAVI, 2009, p.12).

Em sintonia com os ensinamentos de Adriano de Cupis, Maurizio Bocchiola, professor da *Università di Milano*, em 1976, através da publicação de seu importante artigo “*Perdita di una chance e certezza del danno*”, também desempenhou importante papel junto ao Direito Italiano ao trazer em sua obra algumas premissas que não ficaram totalmente esclarecidas na obra do professor De Cupis (SAVI, 2009, p.12).

De início, Bocchiola, procurou esclarecer o significado jurídico do termo chance, se referindo ao mesmo como se tratando de uma espécie de “probabilidade de obter um lucro ou de evitar uma perda”. Doravante, a perda de uma chance poderia ser auferida como algo de valor econômico relacionada a situações de cunho meramente patrimonial (SAVI, 2009, p.13).

Após essa breve definição, Bocchiola ao estudar os exemplos citados por Giovanni Pacchioni e Adriano De Cupis, concluiu que, em todos aqueles casos, a chance perdida tratava-se de uma incógnita, haja vista que nos casos especificados, a vitória, poderia sim ter ocorrido, porém a comprovação da sua ocorrência não seria passível de demonstração (SAVI, 2009, p.13).

Neste caso, é oportuno citar um trecho da obra de Bocchiola, trazido por Sérgio Savi (1976 *apud* SAVI, 2009, p.13):

É inútil esperar para saber se haverá ou não um prejuízo, porque o seu concretizar-se não depende absolutamente de qualquer acontecimento futuro e incerto. A situação é definitiva e não poderá ser modificada. Um determinado fato interrompeu o curso normal dos eventos, que poderia dar origem a uma fonte de lucro, de tal modo que não é mais possível descobrir se a chance teria ou não se realizado.

Por outro lado, se fosse possível estabelecer, com exata precisão, que se não fosse a chance perdida a vítima teria logrado êxito em sua causa, não precisaríamos, dessa forma, comprová-la, uma vez que teríamos a certeza do prejuízo final, e, com isso, poderíamos condenar de forma direta o agente que causou o dano e sobretudo com base no valor total do prêmio ou benefício perdido, uma vez que seria possível auferir-se a certeza do sucesso da vitória (SAVI, 2009, p.13).

Entretanto, ressalta, que se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos, então, a certeza da inexistência do dano final, de modo que, não seria necessário se pensar em responsabilização civil pela perda de uma chance, em que pese, restaria ileso o agente responsável pelo dano, haja vista que não seria possível responsabilizá-lo na obrigação de indenizar (SAVI, 2009, p.13).

Destarte, o grande problema da responsabilidade civil pela perda de uma chance está justamente na dificuldade na determinação de como se daria o resultado final dos eventos, caso a vítima não tivesse sido privada da oportunidade de prosseguir com a pretensão perquirida (SAVI, 2009, p.13).

Apesar de, Bocchiola, corroborar da ideia de que as premissas da perda de uma chance guardam certas semelhanças com as do lucro cessante, com vista à vítima ser impedida de adquirir novos elementos, lucrar e usufruir de ulteriores utilidades patrimoniais não podemos deixar de ressaltar que, a perda de uma chance não pode ser comparada as premissas trazidas por este, uma vez que há uma importante diferença entre ambos os institutos, qual seja, que o conceito chance deve ser tratado sob a perspectiva de uma oportunidade tirada da vítima na qual a mesma se vê privada do direito de lograr êxito ou de evitar a perda, e não sob o fundamento do dano final propriamente dito, assim como ocorre nos casos do dano emergente (SAVI, 2009, p.14 -18).

Ao defender a semelhança da indenização pela perda de uma chance como uma espécie de dano emergente, Bocchiola, resalta que jamais a perda de uma chance poderá ser indenizada como uma espécie de lucro cessante, pois no lucro cessante, apesar do autor não precisar fazer prova do lucro cessante em si considerado, ele deve fazer a prova dos pressupostos e requisitos necessários para a sua verificação. Todavia, já na perda de uma chance, tendo em vista o desconhecido, o resultado final do dano, é impossível, para a vítima, realizar a comprovação do dano com base em tais pressupostos e requisitos, tendo em vista a configuração da oportunidade que lhe foi tirada para que pudesse prosseguir com a causa e assim saber o término do deslinde. Logo, ele concorda com os ensinamentos de De Cupis no que tange à análise da chance perdida como se tratando de uma espécie de dano emergente, pois assim como este, a perda de uma chance decorre de um dano presente, uma vez que é perdida no momento em que se verifica o fato danoso (SAVI, 2009, p.17-19).

Nesse sentido, é importante destacar um trecho da obra de Bocchiola trazido por Savi da seguinte maneira: ‘a possibilidade por si só considerada, é atual já no momento do fato lesivo, e quando se julga sobre esta perda, a situação é, normalmente, definitiva, cristalizada em todos os seus elementos, de modo que o dano já se verificou’ (1976 *apud* SAVI, 2009, p.19).

Pois bem, a importância de se considerar a perda de uma chance como sendo um dano presente consiste em resguardar o seu direito de poder indenizar a vítima com base na oportunidade perdida e não pelo dano propriamente dito, em que pese à impossibilidade de se comprovar o resultado final da causa, tendo em vista que o problema da certeza vem implicitamente superado ao considerarmos a chance como se tratando de uma espécie de propriedade anterior da vítima que sofre a lesão (SAVI, 2009, p. 19).

A propósito, não é coerente dizer que a perda de uma chance não pode ser então considerada como sendo um dano presente, pois o fato danoso ocorre justamente no momento em que a vítima se vê privada da oportunidade que tinha para prosseguir com a sua pretensão naquele caso concreto. Não é justo, portanto, que se prospere o entendimento que a mesma não seja indenizada em face do prejuízo que lhe fora causado, pois se a perda de uma chance for real, deve-se então indenizá-la de acordo e nas proporções da oportunidade perdida (SAVI, 2009, p.19).

Em síntese, apesar de, Bocchiola, concluir que a perda de uma chance deve ser sim, indenizada, quando esta se tratar de uma chance séria, ele restringe à sua aplicação diante daqueles casos de cunho meramente patrimonial, pois não é qualquer chance perdida que é passível de ser indenizada, haja vista que deve haver uma probabilidade superior a 50% de que a vítima iria conseguir a vantagem esperada, pois do contrário o juiz deve julgar o pedido de responsabilização civil em face da perda de uma chance de forma improcedente (SAVI, 2009, p.22).

Quanto à valoração da perda de uma chance, Bocchiola, não contribuiu com grandes comentários em relação ao assunto, pelo contrário, o seu texto é insuficiente no que tange a esta particularidade. Em outras palavras, ao mencionar o assunto, o referido autor apenas aduz que a chance perdida deve ser indenizada como uma espécie de dano emergente, em que pese que, a premissa inicial a ser considerada é que, a perda de uma chance, trate-se de um valor certo, mesmo que de difícil comprovação para auferi-lo (SAVI, 2009, p. 22-23).

Já em relação à responsabilidade médica, Bocchiola, se posiciona alegando que a problemática da perda de uma chance está na dificuldade da comprovação entre o nexo causal, a ação e o resultado danoso, haja vista que muitos casos são analisados

equivocadamente no que tange à perda de chance de sobrevivência ou de cura (SAVI, 2009, p. 23).

Ao analisar as sentenças francesas relacionadas à responsabilização pela perda de uma chance, Bocchiola, verificou que não se pode olvidar que em alguns casos até que a perda de uma chance foi aplicada corretamente, como por exemplo, naqueles em que o médico é obrigado a indenizar o paciente pela perda da oportunidade de cura em decorrência da improcedência de sua conduta no que tange a não ter utilizado com os seus pacientes as técnicas tradicionais necessárias para que houvesse uma resposta positiva ao seu quadro clínico, caso o tratamento tivesse seguido os procedimentos normais (SAVI, 2009, p. 23).

Entretanto, já em outros casos, dentre os quais envolviam morte de pacientes, a responsabilidade pela perda de uma chance foi aplicada de forma inadequada, em que pese à impossibilidade de estabelecer o nexo causal entre a conduta culposa dos médicos e a morte dos pacientes, onde algumas sentenças responsabilizaram os médicos por estas mortes sob o argumento que eles tiraram a chance de sobrevivência desses pacientes. Todavia, nestes casos, tendo em vista a dúvida sobre a causa do dano, a indenização, era concedida de forma parcial com fundamento pela perda da chance de cura (SAVI, 2009, p.24).

Visando esclarecer com mais precisão tais situações, Sérgio Savi, menciona um exemplo citado na obra de Bocchiola sobre um caso que foi julgado em 1965 pela Corte de Cassação francesa em que o paciente faleceu na mesa de cirurgia, após a realização de uma operação por não ter sido assistido por um anestesista, mesmo sem que houvesse a certeza de que a morte se deu por conta de tal situação. Neste julgamento, a Corte de Cassação manteve o posicionamento da decisão recorrida por entender que o médico tirou do paciente a chance de sobreviver ao operá-lo sem a assistência de um anestesista e o condenou a uma indenização parcial no caso em tela (SAVI, 2009, p.24).

Desta feita, com base nos importantes trabalhos propostos por Adriano De Cupis e Maurizio Bocchiola, mormente pela influência de diversas decisões francesas favoráveis à aplicação da teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, somente, após sete anos da publicação da obra de Bocchiola é que o posicionamento da jurisprudência italiana passou a dar uma maior relevância ao assunto nos casos que se tratam de uma real chance perdida em que a *Corte di Cassazione* decidiu o seu primeiro caso em 1983. O caso

em tela versava sobre a perda de uma chance de alguns candidatos que foram convocados para participar de uma seleção trabalhista, para exercerem cargos de motoristas, em uma empresa denominada 'Stefer', no entanto, após a realização de vários exames médicos a empresa entendeu que alguns candidatos não estavam aptos a desempenharem determinada função, e optou por dispensá-los, de modo que tais candidatos tiveram suas chances ceifadas, em que pese não puderam participar das provas de direção e de cultura alimentar necessárias à conclusão do processo seletivo de admissão (SAVI, 2009, p.25).

Inconformados com a atitude da empresa, os candidatos, resolveram ajuizar uma ação de indenização em desfavor desta pelo fato de terem sido privados do direito de continuarem a participar do processo seletivo, em que pese não tiveram a chance de prosseguirem na seleção até que fossem realizadas as provas finais (SAVI, 2009, p.25).

Diante da situação apresentada, o juiz de primeiro grau (*Pretore di Roma*), em março de 1977, reconheceu o direito dos candidatos com uma decisão de que a empresa proporcionasse aos candidatos à oportunidade de realização das provas restantes para que, assim, pudesse-se, obter, o resultado final do processo, no que tange a aferir se os candidatos realmente teriam logrado êxito na causa, na hipótese de resultado favorável, em que pese seria a 'Stefer' condenada a indenizá-los pelo atraso na admissão (SAVI, 2009, p.25).

No entanto, o Tribunal de Roma reformou a sentença de primeira instância com o entendimento de que a perda de uma chance não era passível de ser indenizada, uma vez que a situação em tela tratava-se de um dano meramente hipotético, com vista que não seria possível auferir a certeza de que se os candidatos tivessem continuado no processo seletivo, estes, teriam lograriam êxito nas provas e consequentemente teriam sido contratados (SAVI, 2009, p.25-26).

Por conseguinte, a *Corte di Cassazione* cassou a decisão do apelo e confirmou a decisão de primeiro grau com o posicionamento de que às vítimas fossem, sim, indenizadas pela perda de uma chance, uma vez que os candidatos foram privados da possibilidade de conseguirem o emprego, haja vista a oportunidade que lhes foi tirada para participarem das demais provas necessárias para a finalização do processo de admissão. Ressaltou, ainda, que os candidatos tinham o direito de serem indenizados não com base no

resultado favorável, que seria o emprego, mas pela perda da possibilidade de poderem continuar no processo seletivo, onde poderiam ter obtido êxito na causa (SAVI, 2009, p.26).

Logo, com o passar dos anos a doutrina e jurisprudência italiana começaram a aplicar a responsabilização civil em face da perda de uma chance em seus estudos e julgados, aceitando-a como um dano indenizável inserida no conceito de dano emergente, e usando de cálculos probabilísticos para valorar a indenização da vítima na proporção da chance perdida (SAVI, 2009, p. 32-34).

2.2.3 Brasil

No Brasil a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance começou a ganhar espaço a partir da década de 90, onde aos poucos começou a ser aplicada timidamente em algumas decisões que foram prolatadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (SILVA, RP, 2009, p.194).

Cabe destacar, entretanto, que a aplicação de tal teoria é toda fundamentada em doutrina e jurisprudência, uma vez que não existe fundamentação legal que aborde o tema diretamente em lei.

O primeiro acórdão brasileiro em que a vítima se pautou pela perda de uma chance ao formular o seu pedido de indenização, ocorreu em 1990, no Rio Grande do Sul, e foi relatado pelo Desembargador Ruy Rosado Aguiar Júnior, onde, na ocasião, a vítima ajuizou uma ação de indenização contra o médico que lhe operou em uma cirurgia ocular para a correção de quatro graus de miopia, mas devido ao insucesso da operação esta sofreu um prejuízo por ter sido acometida em dois graus de hipermetropia e cicatrizes na córnea que lhe acarretou névoa no olho operado (SAVI, 2009, p.48).

No caso em tela, o desembargador em seu voto, a princípio se posicionou a favor da vítima concernente ao seu direito de ser indenizada, porém, não com base na alegação da responsabilização pela perda de uma chance, pois apesar da presença do vínculo que existia entre a causalidade do fato em que pese vislumbrar a culpa do médico e o dano sofrido, ainda assim, não era possível se falar em indenização por perda de uma chance, tendo

em vista que na perda de uma chance não há laço de causalidade entre o resultado e a culpa do agente (SAVI, 2009, p.48).

Contudo, transcorrido um ano após esta decisão, Ruy Rosado de Aguiar Júnior teve a oportunidade de analisar outra apelação, onde veio a se posicionar favoravelmente à aplicabilidade do referido instituto (SAVI, 2009, p.48-49).

O caso analisado tratava-se de um pedido de uma senhora que contratara um advogado para o ajuizamento de uma ação contra o INPS para que lhe fosse deferido o recebimento de uma pensão previdenciária em razão da morte de seu marido, porém o processo que foi distribuído em 1975, no Foro de Nova Hamburgo, para a 1ª Vara Cível, nunca chegou a ser analisado, haja vista que o mesmo foi extraviado e jamais chegou àquele cartório (SAVI, 2009, p.49).

Todavia, o problema todo ocorreu pelo fato que, apesar do advogado saber da situação, o mesmo nunca comunicou o fato a sua cliente e nem, tampouco, providenciou a restauração dos autos para que a ação pudesse vir a prosseguir, de modo que o profissional simplesmente se comportou de forma inerte em relação ao assunto, fato que prejudicou a vítima no que tange o advogado ter lhe tirado a oportunidade de ver sua ação sendo apreciada pelo judiciário, ainda, que esta não lhe fosse deferida de forma favorável. Ressalta-se, que ao agir assim, de forma desidiosa e negligente, o advogado foi condenado por este tribunal a indenizá-la com base na chance perdida. No caso em epígrafe o acórdão está assim ementado (SAVI, 2009, p.49):

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda de uma chance.

No entanto, não obstante o entusiasmo jurisprudencial em relação à aplicação da referida teoria, inúmeras críticas e restrições foram tecidas em relação ao assunto, em que pese os opositores consideram a chance perdida como tratando-se de uma situação de dano meramente hipotético e eventual (SAVI, 2009, p.61).

Outrossim, após o surgimento dos trabalhos destinados à defesa da aplicabilidade de tal teoria, que iniciou com a dissertação de mestrado defendida por Rafael

Petteffi da Silva, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, e com a edição da primeira obra de Sérgio Savi, publicada em 2006, onde o assunto ganhou uma enorme popularidade, em que pese, antes, os doutrinadores de nosso país se limitavam a abordá-lo apenas por breves comentários em um ou dois parágrafos, não obstante o analisarem, ainda, de forma superficial, não se pode deixar de dizer que este assunto também ganhou grande repercussão após termos sido beneficiados com as contribuições desses esplêndidos trabalhos, e que muito contribuíram para que houvesse um melhor entendimento e reconhecimento da perda de uma chance no âmbito do nosso ordenamento pátrio (SAVI, 2009, p.35-37).

Desta feita, a análise da posição doutrinária acerca da responsabilidade civil pela perda de uma chance será feita de acordo com as manifestações de alguns autores clássicos do direito civil brasileiro como, Agostinho Alvim, Carvalho Santos, José de Aguiar Dias, Caio Mário e Miguel Maria de Serpa Lopes, bem como de doutrinadores contemporâneos, dentre os quais serão abordados os posicionamentos de Sérgio Cavalieri Filho, Sílvio Venosa, Judith Martins- Costa, Sérgio Novais Dias, Antônio Jeová Santos, Sérgio Savi, Rafael Petteffi da Silva e Fernando Noronha, os quais serão, pormenorizadamente, estudados no próximo tópico que se propõe a abordar também a natureza jurídica do instituto à qual será explanada através de breves comentários com base no posicionamento de alguns desses doutrinadores (SAVI, 2009, p.37).

2.3 O posicionamento doutrinário brasileiro e a natureza jurídica

Entre os doutrinadores modernos que se posiciona isoladamente no que tange a ser contrário à aplicação da teoria da perda de uma chance, encontramos Rui Stoco, o qual deixa claro sua oposição quando menciona em seu Tratado de Responsabilidade Civil que ‘exsurge como inaceitável’ a aplicação da responsabilidade civil pela perda de uma chance aos casos de responsabilidade civil do advogado. (SILVA, RP, 2009, p.193-194).

Doravante, de forma favorável pela aplicabilidade de tal instituto se manifesta Agostinho Alvim, trazido na obra de Rafael Petteffi, que trata o assunto de uma forma esplêndida ao abordar a responsabilidade civil do advogado, inclusive, sobre o aspecto da quantificação da chance perdida. Dessa forma é relevante que se faça a transcrição de seus precisos comentários para um melhor esclarecimento do tema (1955 *apud* SILVA, RP, 2009, p.190):

A possibilidade e talvez a probabilidade de ganhar a causa em segunda instância constituía uma chance, uma oportunidade, um elemento ativo a repercutir, favoravelmente, no seu patrimônio, podendo o grau dessa probabilidade ser apreciado por peritos técnicos.

Tanto isto é verdade, que o autor de uma demanda pode, mesmo perdida a causa em primeira instância, obter uma quantia determinada, pela cessão de seus direitos, a um terceiro que queira apelar.

No exemplo figurado, os peritos técnicos, forçosamente advogados, fixariam o valor a que ficara reduzido o crédito após a sentença da primeira instância, tendo em vista, para isso, o grau de probabilidade de reforma da mesma, de modo a estabelecer-se a base negociável desse crédito.

O crédito valia dez. Suposta a sentença absolutória, que mal apreciou a prova, seu valor passou a ser cinco. Dado, porém, que a mesma haja transitado em julgado, tal valor desceu a zero. O prejuízo que o advogado ocasionou ao cliente, deixando de apelar, foi de cinco.

Se este cálculo não traduz exatamente o prejuízo, representa, em todo o caso, o dano que pôde ser provado, e cujo ressarcimento é devido.

Cumprir destacar, ainda, as precisas noções que foram trilhadas por Caio Mário da Silva Pereira e Miguel Maria de Serpa Lopes, que contribuíram com suas obras sobre tão relevante questão, a responsabilização civil pela perda de uma chance, dentro do ordenamento pátrio brasileiro (SAVI, 2009, p.41).

Apesar de ambos os autores abordarem o assunto também de forma favorável, no que tange a reconhecerem que a chance perdida deve ser indenizada, desde que haja uma ‘probabilidade suficiente’, é importante, frisar, que esta chance deve ser séria e real, de modo a não ensejar em um dano meramente hipotético e eventual. Assim, a chance perdida deve ser caracterizada e pautada com base na culpa do agente no momento em que o mesmo tira da vítima a oportunidade dela obter um lucro ou evitar uma perda, impossibilitando-a, de perquirir uma situação futura melhor (SAVI, 2009, p.41).

Neste sentido Caio Mário da Silva Pereira se manifesta em relação ao tema com os seguintes dizeres: [...] “é claro, então, que se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar, dentro da ideia de perda de uma oportunidade (*perte d’une chance*) e puder situar-se a certeza do dano” (2002, p. 42).

Nas palavras de Miguel Maria de Serpa Lopes (2000, p.391):

A perda de uma chance ocorre quando o causador do dano por ato ilícito, com o seu ato, interrompeu um processo que podia trazer em favor de outra pessoa a obtenção de um lucro ou o afastamento de um prejuízo.

Tem se entendido pela admissibilidade do ressarcimento em tais casos, quando a possibilidade de obter lucro ou evitar prejuízo era muito fundada, isto é, quando mais do que a possibilidade havia uma probabilidade

suficiente, é de se admitir que o responsável indenize essa frustração. Tal indenização, porém, se refere à própria chance [...] Tudo quanto se impõe é a investigação judicial em torno das circunstâncias de que se revista cada caso, e apurar se delas emerge uma situação clara e definida, uma apreciação sobre a possibilidade perdida, se certa ou hipotética.

Não obstante o exposto Sérgio Savi ao citar um trecho da obra de Judith Martins-Costa, indaga que a referida autora ao analisar a perda de uma chance com vista a ser favorável à aplicação do instituto, desde que de forma adequada, ressalta que a referida autora fez menção ao assunto correlacionando-o com o art.403 do CC/ 2002. Assim, segue o trecho citado pelo autor para uma melhor compreensão do assunto (2003 *apud* SAVI, 2009, p.41-42):

Embora a realização da chance nunca seja certa, a perda da chance pode ser certa. Por estes motivos não vemos óbice à aplicação criteriosa da Teoria. O que o art. 403 afasta é o dano meramente hipotético, mas se a vítima provar a adequação do nexo causal entre a ação culposa e ilícita do lesante e o dano sofrido (a perda da probabilidade séria e real), configurados estarão os pressupostos do dever de indenizar.

Por outro lado, Fernando de Noronha, se posiciona estabelecendo que a perda de uma chance encontra-se dividida em duas modalidades: “frustração de chance de obter uma vantagem futura” e “frustração da chance de evitar um dano que aconteceu”, sendo que esta última modalidade encontra-se subdividida em “perda da chance de evitar que outrem sofresse um prejuízo” e a “perda de uma chance por falta de informação” (NORONHA, 2010, p.699).

Sendo que a primeira modalidade é mais importante encontra-se abarcada nas hipóteses designada pela doutrina majoritária de “teoria clássica”, onde a vítima perde a oportunidade de obter uma vantagem futura melhor, de modo a ensejar que ocorra a “perda da chance de realizar um benefício em expectativa” ou na “perda da chance de evitar um prejuízo futuro”. Todavia, a segunda modalidade tem suas características próprias que a diferenciam da teoria clássica, contudo, não será objeto de análise no presente estudo (NORONHA, 2010, p.699).

Para uma melhor compreensão do assunto, segue um trecho da tese de doutorado de Gisela Sampaio da Cruz citado na obra de Sérgio Savi (2008 *apud* SAVI, 2009, p.46):

“[...] enquanto na perda de uma chance clássica o dano decorre do evento danoso que interrompeu o processo em curso, no caso da perda de uma chance de evitar um prejuízo que já aconteceu o dano surge exatamente porque o processo em curso não fora interrompido, quando poderia tê-lo sido feito. Se o processo tivesse sido interrompido, haveria a possibilidade- isto é, a chance- de o dano não se verificar. Então, ao contrário dos casos clássicos de perda de uma chance, aqui as chances não estão mais relacionadas a algo que poderia vir a acontecer no futuro, antes são atinentes a algo que podia ter sido feito no passado, para evitar o dano verificado. Tem-se conhecimento de que ocorreu um dano por força de determinada cadeia causal; o que se indaga é se o dano poderia ter sido evitado, caso tivessem sido adotadas certas providências que interromperiam o processo em curso.

Assim, feitas as devidas ponderações passemos então à análise da natureza jurídica do instituto da perda de uma chance no âmbito do ordenamento brasileiro, onde a indenização, ora é concedida a título de dano material, ora a título de dano moral e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem esperada e não pela perda da oportunidade de se obter a vantagem (CAVALIERI FILHO, 2010, p.80).

Entretanto, é importante ressaltar que outra parte da doutrina, em que pese estar sendo esta a mais aceita perante os nossos tribunais, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça, vislumbra a perda de uma chance como uma espécie de dano autônomo no que tange a inserir a indenização do dano o um terceiro gênero situado entre o dano emergente e o lucro cessante. Assim, para os que corroboram de tal entendimento, não resta dúvidas de que quando for efetivamente configurada a probabilidade do dano, a chance perdida é passível de ser ressarcida (VENOSA, 2003, p.198-200).

Destarte, como bem anotou Maurício Godinho Delgado, determinar a natureza jurídica de um instituto do direito (2007, p. 70):

Consiste em se apreenderem os elementos fundamentais que integram sua composição específica, contrapondo-os, em seguida, ao conjunto mais próximo de figuras jurídicas, de modo a classificar o instituto enfocado no universo de figuras existentes no Direito.

Portanto, antes de iniciarmos a tratar de referida problemática, no que tange à análise das controvérsias existentes entre os diversos autores que abordam a teoria da perda de uma chance, ressalta-se que primeiramente será feita uma breve explanação dessas várias espécies de danos entre os quais os nossos doutrinadores se pautam para aferir a natureza jurídica desse instituto, de modo a ensejar uma melhor compreensão ao tema.

Dessa forma, começemos então a abordagem pela análise do conceito de dano material, que conforme aduz Carlos Roberto Gonçalves trata-se de um dano que afeta apenas o patrimônio do ofendido, em que pese ressaltar que o dano moral ofende o devedor apenas como ser humano, assim podemos fazer claramente a distinção entre ambas as categorias, uma vez que o dano moral não está correlacionado com a ideia do patrimônio da vítima (2010, p.357).

Entretanto, convém assinalar, que o dano patrimonial, em toda a sua extensão, pode abranger não somente aquilo que a vítima efetivamente perdeu, mas também aquilo que ela deixou de lucrar, o que reciprocamente podemos designar como dano emergente e lucro cessante (CAVALIERI FILHO, 2010, p.74).

As perdas e danos, por sua vez, são expressões sinônimas encontradas no art. 402 do CC/2002 que compreendem tanto o dano emergente quanto o lucro cessante, onde se depreende que, o dano emergente consiste na efetiva diminuição patrimonial sofrida pela vítima no que tange a diferença patrimonial do que ela possuía antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. Já o lucro cessante, consiste numa espécie de dano que abrange o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar em decorrência do ato ilícito ocasionado pelo agente causador do dano e assim contribuiu para que ocorresse a frustração da expectativa de um ganho esperado (GONÇALVES, 2010, p.361-362).

Contudo, não obstante o exposto o dano moral visa indenizar a vítima por ofensas aos direitos de personalidade, Sérgio Cavalieri Filho sustenta que, o “[...] dano moral é agressão à dignidade humana, não basta para configurá-lo qualquer contrariedade”. Dessa forma, não é um simples dissabor, aborrecimento, mágoa ou irritação que irão configurá-lo, de forma, que, é preciso avaliar com certa coerência, se diante daquele caso concreto, houve uma real ofensa ao nome, à honra, a imagem ou reputação do autor que se diz vítima dessa espécie de dano, pois do contrário, correremos o risco de ingressar na fase da “industrialização” de danos morais, onde são pleiteadas indenizações exageradas com base em meros aborrecimentos banais e corriqueiros do nosso dia-a-dia. Sendo assim, o referido autor aduz que “[...] cumpre ao juiz seguir a trilha da lógica do razoável, em busca da concepção ético-jurídica dominante na sociedade”, para que haja uma justa medida das coisas (CAVALIERI FILHO, 2010, p.86-87).

Para os partidários que preceituam da ideia de que a perda de uma chance não enseja para o ofendido em um desfalque patrimonial imediato, mas apenas retira da vítima a expectativa real de um ganho futuro, a indenização do dano neste caso deve ser auferida como uma espécie de lucro cessante, tendo em vista as várias semelhanças que existem entre ambos os institutos, mormente no que se refere à dificuldade de se demonstrar à prova do dano, em que pese que quase sempre se questionará quanto à possibilidade de ocorrência de um caso fortuito ou força maior que pudesse ter modificado o curso natural dos acontecimentos, conforme aduz Sérgio Savi ao dizer que: “Seja no caso de lucro cessante, seja no caso de perda de uma chance, restará sempre a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria, igualmente, impedido que aquela esperança fundada se realizasse” (SAVI, 2009, p.14).

Assim, Sérgio Savi ao mencionar Bocchiola, finaliza seu raciocínio com as seguintes palavras: ‘ [...] aquilo que não aconteceu não pode nunca ser, a rigor, objeto de certeza absoluta; a única coisa indubitável é que a possibilidade foi perdida, que permanece na condição de hipótese e é privada de verificação completa’ (2009, p.14).

Desta feita, José de Aguiar Dias ao tratar da responsabilidade civil do advogado, critica um julgado de 1936, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que decidiu que a simples possibilidade de reforma de uma decisão não enseja na responsabilidade civil do advogado que não interpõe o recurso no prazo legal. Todavia, o referido autor se posiciona com a afirmativa de que a responsabilidade civil pela perda de uma chance deve sim ser imputada ao advogado que age de forma negligente em decorrência da oportunidade que tirou da vítima, entretanto, a condenação só deverá ocorrer quando o cliente prejudicado conseguir provar que inevitavelmente o recurso seria, de fato, conhecido pela instância superior, na hipótese de que o mesmo tivesse sido devidamente preparado no prazo legal (1997, p.296).

Portanto, Aguiar Dias exige a prova efetiva do prejuízo do demandante, de modo a enquadrar a perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante como se pode aferir do seguinte trecho trazido em sua obra (1997, p. 296):

Se o advogado, porém, deixa de recorrer, não obstante os desejos do cliente, incorre em responsabilidade. [...] Não há advogado digno desse título que não avalie a gravidade da falta de não preparar o recurso. Contudo – e é o que sucederá na maioria dos casos – o autor não fizera prova do prejuízo e, nessas condições, não obstante reconhecida a responsabilidade, não seria, realmente, possível uma condenação.

Contudo, é importante destacar ainda, a crítica feita por Sérgio Savi ao mencionar o referido autor em sua obra, onde o mesmo ressalta que Aguiar Dias trata a problemática da perda de uma chance de uma forma equivocada no que tange a exigir que a vítima faça prova de que, caso o recurso tivesse sido interposto tempestivamente, o mesmo seria conhecido e provido pelo Tribunal em que pese tratar-se de uma situação impossível de ser demonstrada, haja vista a natureza aleatória do processo (SAVI, 2009, p.39).

Nessa mesma linha de raciocínio seguem os preceitos de Sérgio Novais Dias, que ao tratar da responsabilidade civil do advogado em razão da perda de prazo para interposição de recurso, corrobora do entendimento de que o advogado negligente só deve ser obrigado a indenizar quando houver a comprovação da suposta certeza de que o cliente obterá êxito na causa, caso o recurso tivesse sido interposto no prazo devido, o que deve ser auferido através de um juízo de probabilidade do magistrado responsável pelo julgamento da referida pretensão indenizatória (1999, p. 66-67).

Todavia, se comprovado que o recurso teria sérias chances de ser provido, o referido autor entende que o advogado deve ser condenado ao pagamento de indenização no valor equivalente ao que o cliente receberia caso tivesse logrado êxito na demanda judicial. Entretanto, se houver remotas chances de sucesso, o cliente não fará jus a receber nenhum valor a título reparatório (1999, p. 67).

Nas palavras de Sérgio Novais Dias (1999, p.67):

Constatada a existência do dano, bem como a falta cometida pelo advogado que causou a perda de uma chance, o estudo que se segue, importante e complexo, é o exame do *nexo de causalidade*. Caberá ao juiz decidir se o dano ocorrido decorreu realmente – num juízo de probabilidade – do ato ou omissão do advogado. Será preciso, pois, reexaminar, detida e minuciosamente, a questão que seria posta a julgamento para verificar, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência, se era provável o êxito da pretensão do cliente.

Destarte, podemos concluir que ao se posicionar assim, Sérgio Novais Dias acaba por inserir a perda de uma chance no conceito de lucro cessante, haja vista a problemática que gera em torno de ambos os institutos no que tange a configuração da certeza do resultado final para que se possa indenizar a vítima, pois ainda que se trate de uma certeza relativa, não se pode ter a certeza de um acontecimento futuro (SAVI, 2009, p.44).

Por sua vez, João Manuel Carvalho Santos, ao fazer menção sobre a responsabilidade do advogado que deixa de interpor de forma negligente o recurso de seu cliente, o mesmo sequer vislumbra a existência de um dano consistente pela perda de uma oportunidade no que tange a vítima a ver o seu recurso julgado pela instância superior, haja vista que o mesmo defende a ideia de que diante da dificuldade de comprovação do nexo de causalidade, não há que se falar em direito à indenização decorrente de chances perdidas. De modo, que podemos concluir que, ao se filiar a tal posicionamento, o referido autor também trata a perda de uma chance como uma espécie de lucro cessante (1989, p. 321-322):

Nos dizeres de Carvalho Santos (1989, p. 321):

quando haja possibilidade de reforma da sentença é que o advogado ficará obrigado a recorrer, a não ser que o seu constituinte se oponha. Mas, ainda aí, parece duvidoso o direito do constituinte, de poder exigir qualquer indenização, precisamente porque não lhe será possível provar o dano, de vez que lhe será impossível provar que a sentença seria efetivamente reformada.

Não obstante o exposto e tendo em vista a dificuldade probatória que gera em torno das situações que envolvem as indenizações de lucro cessante, bem como por perda de uma chance, os filiados ao posicionamento de que o instituto da perda de uma chance se assemelha às hipóteses de indenização de lucro cessante, têm entendido que diante desses casos o julgador deve aferir a chance perdida com base em provas de verossimilhança das alegações, haja vista não ser possível se ter a certeza absoluta da configuração do dano propriamente dito. Todavia, podemos concluir que se esta valoração jurídica não for feita por nossos magistrados, não resta dúvidas de que estaremos diante de uma grande injustiça, em que pese à vítima que perde a oportunidade de obter uma situação futura melhor poder ser amparada pelo nosso ordenamento pátrio no que tange a ver o seu direito de indenização a ser apreciado pelos nossos Tribunais pátrios (SAVI, 2009, p.14-15).

Já para os filiados a corrente de que a perda de uma chance enquadra-se numa espécie de dano emergente, haja vista adotarem o posicionamento de que a chance perdida trata-se de um prejuízo distinto do resultado final, no que tange a defenderem a ideia de que embora a vitória fosse incerta, é indiscutível se negar que antes da ocorrência do fato danoso existia sim a possibilidade de vitória, não obstante o exposto é importante destacar que para os que corroboram de tal entendimento, a oportunidade perdida deve ser vislumbrada

como um bem que já fazia parte do patrimônio do sujeito antes da ocorrência do ato ilícito, de modo que ele somente teve a chance perdida em decorrência da interferência ilícita praticada pelo terceiro. Assim, a indenização pela perda de uma chance deve se pautar não pelo aspecto de se conseguir um benefício futuro, mas sim com base na oportunidade existente e que incontestavelmente fora perdida (SAVI, 2009, p.18-19).

Desta forma, é importante destacar um trecho da obra de Sérgio Savi que bem ilustra a situação (2009, p.112):

[...] a chance ou oportunidade poderá ser considerada um bem integrante do patrimônio da vítima, uma entidade econômica e juridicamente valorável, cuja perda produz um dano, na maioria das vezes atual, o qual deverá ser indenizado sempre que a sua existência seja provada, ainda que segundo um cálculo de probabilidade ou por presunção.

Assim, podemos concluir que tal entendimento encontra-se em completa consonância com o conceito econômico de bem trazido na obra de Francisco Amaral que assim o aduz: “bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico” (2002, p. 299).

Portanto, podemos extrair desse conceito que o bem não necessariamente precisa ser materializado para que seja entendido como tal, haja vista que existem bens que, apesar de não possuírem existência corpórea, fazem parte do patrimônio do sujeito de direitos, tais como as expectativas de direito de valor econômico, que podem ter o seu valor variado de acordo com a possibilidade de realização da condição (AMARAL, 2002, p. 299).

Portanto, para os partidários que se filiam a ideia de que a chance perdida está inserida em uma espécie de dano emergente, para estes a perda de uma chance representa um dano presente, haja vista que a oportunidade de se obter uma situação futura melhor é perdida no momento da ocorrência do evento danoso, comprovando, assim, a existência e a certeza dos danos requeridos (SAVI, 2009, p.112).

Com base nestes argumentos, Sérgio Savi ao citar Bocchiola em sua obra, defende a ideia de que jamais a perda de uma chance poderá ser indenizada como lucro cessante, mas sim deve ser vista como uma espécie de dano emergente, haja vista que o que se vislumbra é a indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem no

momento em que se configura o dano e não pela perda da própria vantagem, para uma melhor compreensão do assunto, segue o trecho trazido na obra de Savi que faz referência ao tema (1976 *apud* SAVI, 2009, p.18):

(i) nestes casos, não se concede a indenização pela vantagem perdida, mas sim pela perda da possibilidade de conseguir esta vantagem, isto é, faz-se distinção entre resultado perdido e a chance de consegui-lo; (ii) segundo esta perspectiva, com o termo *chance* não se indica uma vantagem possível e, conseqüentemente, um dano eventual, mas a possibilidade ou a probabilidade de um resultado favorável; e (iii), ao assim proceder, a indenização da perda de uma chance não se afasta da regra de certeza do dano, tendo em vista que a possibilidade perdida, em si considerada, era efetivamente existente; perdida a chance, o dano é, portanto, certo.

Portanto, podemos concluir que para os adeptos do posicionamento de que a natureza jurídica da perda de uma chance se assemelha a do dano emergente, para estes as dúvidas inerentes à certeza do dano e a existência do nexo de causalidade são afastadas em detrimento da evidência da lesão configurada à vítima no que tange a perda da oportunidade de se perquirir uma situação futura melhor se não fosse à interferência do agente causador do dano (SAVI, 2009, p.18-19).

Desta feita, ao se posicionarem de tal maneira, estes entendem que o instituto da perda de uma chance não deve ser classificado como uma espécie de lucro cessante em razão das objeções que cercam os seus elementos, haja vista que a comprovação fática do resultado final almejado pelo ofendido restará prejudicada, uma vez que não se pode ter a certeza de um resultado futuro (SAVI, 2009, p.19).

Desse modo, Sérgio Savi, ao se manifestar sobre o assunto com base nos trabalhos desenvolvidos pela doutrina italiana, estabelece com competência as principais premissas para que haja uma correta aplicação da responsabilização civil em face da perda de uma chance dentro de nosso país, haja vista que muitos magistrados ao imputar a responsabilidade civil pela perda de uma chance a fazem de forma equivocada em que pese a enquadrarem como uma espécie de lucro cessante ou mesmo dano moral. Não obstante o exposto destaca-se que o referido autor se filia a corrente que enquadra a perda de uma chance como fazendo parte de um conceito de dano emergente, haja vista que este elimina o problema da certeza do dano (SILVA, RP, 2009, p.193).

Contudo, mantendo-se fiel aos preceitos da doutrina italiana, Sérgio Savi, corrobora do entendimento de que a chance perdida deve se tratar de uma chance real em que pese que a indenização somente deve ser imputada quando houver uma probabilidade superior a 50% de que a vítima obteria êxito na causa. Todavia, é importante ressaltar que a indenização deve se pautar pela oportunidade perdida e não pelo dano propriamente dito (SILVA, RP, 2009, p.193).

Nas palavras de Sérgio Savi (2009, p.112):

A perda de uma chance, [...], ao contrário do afirmado por alguns doutrinadores, [...], deve ser considerada, em nosso ordenamento, um dano emergente e não lucro cessante.

Ao inserir a perda de chance no conceito de dano emergente, elimina-se o problema da certeza do dano, tendo em vista que, ao contrário de se pretender indenizar o prejuízo decorrente da perda do resultado útil esperado [...], indeniza-se a perda da chance de obter o resultado útil esperado [...].

Contudo, a aplicação da teoria encontra limites, pois, evidentemente, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. Nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis. Isto porque, a chance para poder ser indenizada deverá ser considerada séria e real.

[...] somente será possível admitir a indenização da chance perdida quando a vítima demonstrar que a probabilidade de conseguir a vantagem esperada era superior a 50% [...].

Assim, para os precursores desta corrente doutrinária, tendo por objetivo solucionar os obstáculos impostos à pretensão indenizatória decorrente da perda de uma chance, para estes a chance perdida deve ser enquadrada como uma espécie de dano emergente e não como lucro cessante, mormente no que tange a tornar muito mais tranquila à admissão da possibilidade de indenização em casos relacionados à perda de uma chance.

Por outro lado, não obstante a muitos doutrinadores ainda enquadrarem o dano da perda de uma chance, ora como uma espécie de lucro cessante, ora como dano emergente, é importante destacar, todavia, que também existem alguns partidários que defendem o posicionamento de que o dano ocasionado pela perda de uma chance encontra-se inserido como uma espécie de dano moral futuro, conforme aduz o doutrinador Antônio Jeová dos Santos, que ao tratar do tema parece inserir o dano da perda de uma chance no contexto dos danos extrapatrimoniais em que pese ressaltar que a chance perdida desde que séria e provável funcionará como um “agregador do dano moral” (2003, p. 105-106).

Contudo, não podemos deixar de mencionar neste trabalho o posicionamento de Rafael Peteffi que muito contribuiu com seus ensinamentos para que houvesse um melhor entendimento do tema, em que pese ter sido um dos primeiros doutrinadores a enfrentar a responsabilidade civil pela perda de uma chance no ordenamento brasileiro com a devida atenção que merece, assim, tendo se pautado por estudos franceses, o referido autor se posiciona favoravelmente pela aplicação da teoria ao afirmar que a responsabilidade civil pela perda de uma chance encontra-se pautada e dividida sob duas formas de ser avaliada, no que tange que em determinados momentos a mesma deve ser avaliada como um dano específico, independente do dano final, e em outros ela é utilizada com base na perda da própria vantagem esperada, ou seja, sob o aspecto do dano final propriamente dito (SAVI, 2009, p.44-45).

Nas palavras do autor (SILVA, RP, 2009, p.106-107):

[...] entende-se que a correta sistematização atual da teoria da perda de uma chance encerra duas categorias. A primeira estaria embasada em um conceito específico e independente de dano. A segunda, por outro lado, estaria respaldada no conceito de causalidade parcial em relação ao dano final. Imperioso ressaltar que os casos da seara médica, [...], podem ser observados nas duas categorias da teoria da perda de uma chance, não se apresentando como objeto exclusivo da segunda aplicação.

A rigor, pretende-se propor aqui uma ruptura, porém não mais entre os casos 'clássicos' e aqueles vinculados à seara médica. Também seria correto afirmar que todas as vezes que o processo aleatório em que se encontrava a vítima é interrompido, com a perda definitiva da vantagem esperada e a total aniquilação das chances da vítima, está-se diante de chances perdidas como dano específico e autônomo. Porém, quando o processo aleatório chegou até o final, como costuma acontecer na seara médica, a noção de causalidade parcial é chamada a depor. Neste último caso, a conduta do agente apenas retira algumas chances de a vítima auferir a vantagem esperada, fazendo com que esta ainda possa ser alcançada.

Entretanto, é importante ressaltar que normalmente as situações que envolvem a perda de uma chance não englobam apenas os danos materiais, mas também os extrapatrimoniais. Portanto, limitar a incidência deste instituto a apenas uma dessas hipóteses poderia ensejar em um resultado insatisfatório à vítima em que pese a violar a noção de justo e razoável, haja vista que ao indenizá-la se pautando apenas com base em um desses parâmetros, estaríamos agindo em confronto com os direitos que lhe são reservados no que tange a completude da pessoa humana.

Desta feita, Sérgio Cavalieri Filho é um dos filiados a tal corrente que defende que os casos de perda de uma chance podem gerar tanto danos de natureza patrimonial como também extrapatrimonial a depender de cada caso concreto (2010, p. 77).

Todavia, apesar do referido autor também ser favorável à aplicabilidade de tal teoria, ele ressalta que “a perda de uma chance, de acordo com a melhor doutrina, só será indenizável se houver uma probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento”. Desta feita, conclui-se que nem todos os casos de chance perdidas são passíveis de serem indenizados. Além disso, o referido autor é firme ao dizer que a chance perdida deve ser tratada como uma chance séria e real, pois do contrário estaríamos beneficiando os oportunistas (2010, p.77-78).

Contudo, outro ponto relevante que deve ser levado em consideração na hora do magistrado auferir a indenização pela perda de uma chance é de que o mesmo deve se ater apenas ao dano sob o aspecto da oportunidade frustrada, de se conseguir um resultado ou evitar uma perda, haja vista que a chance perdida não pode ser indenizada com base no dano propriamente dito, uma vez que não se pode afirmar com certeza qual teria sido o resultado final dos acontecimentos se não fosse à interferência do agente causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 77-78).

Entretanto, é importante destacar ainda, que a perda de uma chance também é classificada pela nossa doutrina majoritária, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, como uma espécie de dano autônomo ou independente. Segundo os preceitos de Silvio de Salvo Venosa, este terceiro gênero de indenização representaria uma terceira espécie de dano, intermediária entre o dano emergente e o lucro cessante, haja vista que a vantagem que se espera alcançar é atual, entretanto, incerta, onde é feita a análise da potencialidade da perda e não do que a vítima efetivamente deixou de ganhar (lucro cessante) ou que efetivamente perdeu (dano emergente), de tal forma que a graduação deverá ser feita em cada caso concreto, com critério equitativo e distinguindo a mera possibilidade da probabilidade (2010, p.40).

Em suma, apesar das diferentes posições doutrinárias que encontramos em nosso ordenamento pátrio jurídico no que tange ao enquadramento da indenização das chances perdidas ora vislumbrada como dano patrimonial, ora como dano moral, ora como

dano emergente, lucro cessante ou mesmo como uma terceira espécie de dano, é importante frisar que apesar da existência dessas controvérsias em que pese definir a natureza jurídica do instituto de diversas formas, não obstante o exposto ressalta-se que o senso comum preza pela defesa de que a perda de uma chance só será passível de ser indenizada nos casos em que a oportunidade perdida tratar-se de uma chance séria e real (SAVI, 2009, p.46).

Todavia, apesar do posicionamento doutrinário em que pese boa parte ser favorável à imputabilidade da responsabilização civil em face da perda de uma chance, é importante destacar também que os nossos tribunais vêm reconhecendo em suas inúmeras decisões a possibilidade de aplicabilidade de tal teoria, desde que trate de uma chance séria e real. Entretanto, ressalta-se que a mesma dificuldade que se faz presente na doutrina brasileira no que tange a harmonizar os mais variados conceitos de danos que são relacionados à natureza jurídica de referido instituto, também paira nas decisões prolatas por nossos Tribunais (CAVALIERI FILHO, 2010, p.77-80).

Desta feita, visando a tratar mais cuidadosamente deste ponto nevrálgico em que pese que haja uma adequada aplicação do referido instituto em nosso ordenamento brasileiro, é que me proponho a abordar no próximo capítulo dentre outros pontos aspectos a serem destacados, de que modo e em que proporções tem sido reconhecida a perda de uma chance junto ao nosso ordenamento jurídico brasileiro, inclusive ressaltando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, bem como tem sido arbitrada as decisões relacionadas à proporção do prejuízo sofrido e a quantificação do dano entre a chance perdida e o dano final.

3 ASPECTOS DESTACADOS DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Almejando alcançar o mais equitativamente possível à aplicabilidade pela justiça, o instituto da responsabilidade civil desde os primórdios vem se aprimorando a cada dia que se passa com o objetivo de tentar proporcionar, de uma forma mais justa, a reparação dos danos que são causados àquelas vítimas que são prejudicadas por terceiros em decorrência da prática do ato ilícito.

Ressalta-se, entretanto, que apesar de todo aparato legal que se destina a proteger estas vítimas, ainda assim, existem situações em que estas se encontram desamparadas no que tange a serem ressarcidas civilmente, como por exemplo, diante daquelas situações em que têm sua oportunidade perdida de prosseguirem em frente, rumo aos seus projetos futuros, haja vista a interferência de terceiros que lhe tiram uma real chance de vitória a partir do momento que interferem com seus atos na transcorrência normal dos fatos.

Destarte, como já foi mencionado, também existe certo receio por parte de nossos magistrados no que tange à aplicabilidade da responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro, uma vez que a situação específica não é regulamentada em nosso ordenamento pátrio. Entretanto, tal entendimento por si só não deve prosperar, tendo em vista que esse argumento não é plausível, pois o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inserido no artigo 5º, inciso XXXV¹, da carta magna de 1988, assegura a todos a possibilidade de acesso ao Judiciário.

Não obstante ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também não podemos deixar de mencionar a importância do artigo 4º² da Lei de Introdução ao Código Civil de 2002 no caso em tela, que visa respaldar a aplicação do direito diante daquelas situações que ainda não são regulamentadas e protegidas pelo nosso ordenamento jurídico.

É importante destacar, que também existem vários outros princípios que

¹ A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

devem ser levados em consideração quando o magistrado estiver diante de um caso específico de responsabilização civil pela perda de uma chance, dentre os quais podemos citar: o da dignidade da pessoa humana, amparado pelo art.1º, III, da CF/88, o qual visa proteger a dignidade das pessoas com respeito acima de tudo, bem como da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais devem ser usados diante daquelas situações em que o magistrado deve pesar e arbitrar a real chance perdida, bem como valorá-la e quantificar as indenizações na proporção da oportunidade perdida.

Dessa forma, a responsabilidade civil por perda de uma chance, visa a acompanhar e se adequar as mudanças ideológicas, sociais e econômicas de uma sociedade que têm sede de justiça, de forma cada vez mais aguçada, ao se depararem diante de situações em que são prejudicadas de forma injusta, haja vista a oportunidade perdida.

Destarte, ante o exposto, o presente capítulo se dispõe a analisar os pontos nevrálgicos da responsabilidade civil relacionados à perda de uma chance com o objetivo de tentar elucidar as divergências que ainda se fazem presentes dentro do nosso ordenamento brasileiro no que se refere à aplicabilidade do referido instituto de forma prudente, correta e justa nos casos em que nossos magistrados se depararem com a real chance perdida.

3.1 Mera possibilidade não é passível de indenização

Conforme já foi dito anteriormente, para que haja a responsabilização civil em face da perda de uma chance é necessário que esta se trate de uma chance séria e real e não meramente de um dano hipotético. Assim, a vantagem esperada pelo lesado, conforme preceitua Sérgio Cavalieri Filho “não pode consistir numa mera possibilidade aleatória, numa mera eventualidade, suposição ou desejo”, pois do contrário estaríamos favorecendo os oportunistas, bem como deixando de reparar os danos sofridos em virtude das oportunidades perdidas (2010, p.77).

A chance perdida, desde que séria e real deve ser considerada como uma lesão causada à vítima, e se configurada tal situação deve esta ser indenizada pela oportunidade perdida de obter uma situação futura melhor, assim como é feita em outras espécies de responsabilização civil como qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento (SAVI, 2006, p.101).

Acerca do assunto Fernando Noronha menciona que (2010, p. 705):

(...) em primeiro lugar importa averiguar se a chance perdida era real e séria: se for haverá obrigação de indenizar; se ela tiver caráter meramente hipotético, não. E para saber se a oportunidade perdida era real e séria, haverá que recorrer às ‘regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece’, como dispõe no art.335 do CPC.

A perda de uma chance deve ser vislumbrada como a perda de uma oportunidade de se conseguir um resultado ou evitar uma perda, e não como um dano efetivo ao próprio resultado, haja vista que não se pode ter a certeza de que houve a perda do resultado certo, uma vez que não se pode auferir como certo que o resultado se concretizaria em que pese não houvesse ocorrido o ato lesivo do agente causador do dano (CAVALIERI FILHO, 2010, p.77-78).

Caio Mário da Silva Pereira ao fazer menção sobre o assunto, ressalta que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (2002, p.42).

Para auferir essa probabilidade, a doutrina vem se posicionando com o entendimento de que só será passível de se indenizar aquelas situações enquadradas numa probabilidade de sucesso superior a cinquenta por cento. Dessa forma, podemos concluir que nem todos os casos de perda de uma chance serão passíveis de indenização (CAVALIERI FILHO, 2010, p.78).

Destarte, para que haja a reparação civil por perda de uma chance é imprescindível que esta venha a caracterizar um prejuízo material ou imaterial decorrente de fato consumado em que a probabilidade de lograr êxito diante daquele caso concreto teria sido superior a cinquenta por cento. É importante frisar que esta probabilidade deve ser analisada em conjunto com outros pressupostos que serão abordados ainda neste capítulo (CAVALIERI FILHO, 2010, p.77).

Ao se deparar diante de um caso concreto de perda de uma chance, o magistrado deve se pautar com base em critérios equitativos e realizar a distinção entre a mera possibilidade de probabilidade, para isso é aconselhável que seja realizado um balanço das perspectivas favoráveis e contrárias da situação do ofendido no que tange observação da

potencialidade de uma real perda no caso específico ou não. Assim, as hipóteses devem ser valoradas com base no princípio da razoabilidade, o magistrado em sua análise deve pesar se naquele caso concreto realmente houve um dano futuro em consequência de um dano presente, uma vez que a real chance perdida deve guardar certa relatividade de que o prejuízo realmente ocorreu, e que não se trata apenas de uma valoração hipotética e aleatória de uma mera possibilidade de dano. O prognóstico do dano certo deve ser auferido com base em dados estatísticos, conforme mencionado acima, ou seja, se este percentual de sucesso na hipótese da continuidade normal dos acontecimentos for superior a cinquenta por cento, a conclusão do magistrado deverá resultar pela real perda de oportunidade, e como consequência o arbitramento de sua sentença deverá se pautar pelo ressarcimento à vítima da real chance perdida e pelo prejuízo que lhe fora causado (VENOSA, 2010, p.325-329).

Um exemplo elucidativo de perda de uma chance é um caso ocorrido na Olimpíada de Atenas de 2004, onde um desportista brasileiro que realizava corrida com destacada performance, estando em primeiro lugar, foi derrubado por um homem até então desconhecido (SILVA, RB, 2004).

O acontecimento perdurou por oito segundos até que o desportista conseguiu retornar à prova. Mas, em função desse acontecimento, o até então líder da competição, perdeu duas posições e terminou a prova em terceiro lugar (SILVA, RB, 2004).

Diante da repercussão do caso, profissionais da área médica se posicionaram com o entendimento, que a queda ocasionada ao atleta brasileiro o deixou completamente prejudicado naquela competição, haja vista que ele perdeu todo seu alto rendimento, uma vez que os seus batimentos cardíacos foram completamente alterados (SILVA, RB, 2004).

Todavia, Sílvio de Salvo Venosa, que também faz uma breve referência ao mesmo caso em sua obra, coaduna da ideia de que não há dúvidas que no caso em apreço a vítima realmente perdeu uma real chance de vitória, o que certamente deve ter lhe ocasionado diversos prejuízos financeiros ou mesmo moral, em que pese à frustração do sonho de obter o primeiro lugar, onde podemos concluir que no caso específico isto era praticamente certo de ocorrer se o atleta não houvesse sido interrompido pelo espectador que o empurrou, ocasionando-lhe a perda da oportunidade de chegar em primeiro lugar na competição e receberia a medalha de ouro (2010, p.42).

Entretanto, ele ressalva que, apesar do caso tratar-se de uma real chance perdida, ainda assim o ressarcimento da vítima nunca poderia ser equivalente ao prêmio auferido por aquele que efetivamente chegou em primeiro lugar, haja vista a incerteza de que a vitória realmente ocorreria, por maior que fosse a probabilidade dela ocorrer. Tanto assim é que os organizadores da prova reconheceram o desempenho do atleta ao conceder-lhe um prêmio alternativo, o qual é destinado a apenas aqueles esportistas que se destacam por feitos extraordinários, contudo, não lhe outorgaram a medalha de ouro tão almejada (VENOSA, 2010, p. 42).

Todavia, é importante frisar que ainda existem acórdãos que enquadram a perda de uma chance como uma espécie de dano moral, bem como outros que são ainda piores ao determinarem o ressarcimento da chance perdida meramente hipotética, ou seja, sem ponderar que aquele caso concreto não era passível de indenização, haja vista de que não se tratava de uma chance séria e real. Dessa forma, exponho abaixo um acórdão trazido na obra de Sérgio Savi, para que haja um melhor esclarecimento da problemática que gera em torno do tema (2009, p.61).

O primeiro caso trata-se de um acórdão que é transcrito abaixo, onde se discutiu a responsabilidade civil do advogado por perda de uma chance em razão do mesmo ter perdido o prazo para a interposição do recurso, onde a vítima entendeu ter sido prejudicada pela oportunidade que lhe fora tirada de prosseguir com sua ação. Ressalta-se, entretanto, que no caso em tela a conclusão da sentença pelo tribunal se pautou em indenizar a perda de uma chance enquadrando-a como um dano moral, apesar da afirmação de que a chance de êxito do recurso era remota, totalmente incoerente com o prognóstico de que não havia uma chance séria e real a ser considerada, uma vez que a chance de êxito no caso era ínfima diante do caso em concreto (SAVI, 2009, p.61).

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADVOGADO. RECURSO INTERPOSTO INTEMPESTIVAMENTE. PERDA DE UMA CHANCE. NEXO CAUSAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO. MONTANTE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. AUSÊNCIA. DESERÇÃO.

1 – Responsabilidade civil do advogado que interpõe recurso fora do prazo legal. Alegação da ocorrência de greve por parte dos juízes federais, e consequente dedução de que houve a suspensão dos prazos processuais. Negativa de matrícula em disciplina na faculdade de Medicina. Mandado de segurança denegado. Hipótese de perda de uma chance a configurar o nexo causal ensejador de reparação do dano moral sofrido pela impetrante.

2- Valor fixado na sentença a título de ressarcimento por danos morais (10 salários-mínimos) que permanece inalterado já que consentâneo com as circunstâncias do caso concreto e com os parâmetros adotados pela câmara.

3- Em não havendo pedido anterior, e tampouco concessão do benefício da gratuidade, faz-se indispensável o pagamento das custas, juntamente com a interposição da apelação. Segundo a regra do art.511 do CPC, o preparo deve ser comprovado no momento da interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto. Ausência de comprovação de necessidade. Deserção verificada. Improveram os apelos da autora e do corréu Luiz Carlos, e não conheceram do recurso do corréu Guaraci.

Apesar disso, não podemos deixar de apresentar um trecho da sentença do juiz de primeiro grau que foi transcrito no acórdão, em que prognóstico o mesmo faz uma correta interpretação do que seria uma real chance perdida quando a vítima se encontra a mercê da negligência do advogado que perde o prazo para interposição do recurso, conforme segue (SAVI, 2009, p.62):

Perda de uma chance é uma expressão feliz que simboliza o critério de liquidação do dano provocado pela conduta culposa do advogado. Quando o advogado perde o prazo, não promove a ação, celebra acordos pífios, o cliente, na verdade, perdeu a oportunidade de obter, no Judiciário, o reconhecimento e a satisfação integral ou completa de seus direitos (art. 5º, XXXV, da CF). Não perdeu uma causa certa; perdeu um jogo sem que lhe permitisse disputá-lo, e essa incerteza cria um fato danoso. *Portanto, na ação de responsabilidade ajuizada por esse prejuízo provocado pelo profissional do direito, o juiz deverá, em caso de reconhecer que realmente ocorreu a perda dessa chance, criar um segundo raciocínio dentro da sentença condenatória, ou seja, auscultar a probabilidade ou o grau de perspectiva favorável dessa chance* [grifo do autor].

3.1.1 A adequada aplicação da teoria da perda de uma chance e o perigo representado pelo uso inadequado do parágrafo único do art.944 do CC/2002

A principal premissa do instituto da responsabilidade civil é tentar recolocar a vítima, tanto quanto possível, através da indenização na situação anterior à lesão sofrida. Dessa forma, a indenização deve ser medida de forma proporcional ao dano sofrido, conforme dispõe o caput do art.944 do CC/2002 ao estabelecer que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (GONÇALVES, 2010, p.423-425).

Nos dizeres de Sérgio Cavalieri Filho: “limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados”. Contudo, na prática, nos deparamos com situações totalmente desproporcionais entre a conduta e o dano, onde, por exemplo, o agente que ocasionou o dano de um atropelamento com culpa leve e que resultou em um desfecho

grave no que tange ter deixado a vítima tetraplégica ou mesmo tê-la a levado a óbito, é condenado a indenizar o dano de uma forma muito mais severa em virtude do resultado trágico do que se tivesse praticado dolosamente uma tentativa de homicídio sem resultado grave (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 120-121).

É importante, ressaltar, que sob a égide do antigo Código Civil, não era permitido ao julgador quantificar o dano por equidade, principalmente nos casos de dano patrimonial, onde o montante da indenização era arbitrado apenas com base nos laudos técnicos de avaliação. Desse modo, eram comuns as situações em que o agente que causou o dano também se tornasse vítima no que tange a desproporção da indenização que era condenado a pagar, haja vista que nas hipóteses de responsabilidade subjetiva, o grau de culpa não podia interferir na quantificação do dano, de modo, que bastava a culpa levíssima para que o agente que causasse o dano fosse condenado a indenizar por toda a extensão do prejuízo causado (SILVA, RP, 2009, p.226).

Dessa forma, buscando ampliar o âmbito de proteção ao instituto da responsabilidade civil, e para que situações como estas não mais acontecessem, é que o legislador ao elaborar o nosso Código Civil de 2002, projetou o parágrafo único do art. 944³ com o intuito de proporcionar aos nossos magistrados a liberdade de poderem reduzir, equitativamente, a indenização, quando diante de situações de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano configurado. Assim, com a criação do referido parágrafo o juiz fica livre para fixar a indenização de acordo com cada caso concreto e desde que tal situação esteja devidamente autorizada a ser julgada por equidade, pois, do contrário, o juiz deve ficar adstrito à regra do caput do referido artigo, que estampa a ideia de restituição integral, ainda, que o resultado se mostre injusto (GONÇALVES, 2010, p. 424-425).

Sérgio Savi aduz o assunto da seguinte forma (2009, p.99):

[...] ao se deparar com uma ação de responsabilidade civil, o julgador deverá procurar sempre atender ao princípio da reparação integral dos danos. Contudo, se em determinado caso concreto ‘houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano’, poderá reduzir equitativamente a indenização, pois neste caso, estará privilegiando outro princípio constitucional, que é o da justiça.

³ Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Entretanto, é importante destacar que no início era unânime e claro o entendimento da correta aplicação do referido parágrafo no que tange ao seu uso adequado em que pese deve ser usado apenas para aqueles casos de responsabilidade subjetiva, haja vista que o fator culpa não é relevante na responsabilização objetiva, onde basta a conduta antijurídica para que o terceiro possa vir a ser responsabilizado civilmente. Dessa forma, tal entendimento podia ser extraído do Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil, realizada pelo encontro de Estudos do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2002, que expunha o seguinte (SILVA, RP, 2009, p. 226-227):

Art. 944. A possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva.

Contudo, com a elaboração do enunciado nº 380, editado na IV Jornada de Direito Civil, realizada em 2007, o qual atribuiu nova redação ao Enunciado nº 46 com a supressão da sua parte final: “não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”, é que surge o ponto nevrálgico da questão, haja vista que com a retirada de importante trecho, abre-se margem a interpretação e à aplicação inadequada do parágrafo único do art. 944 do CC/2002, para aquelas situações também de responsabilidade objetiva, o que pode vir a representar um grande perigo para o nosso ordenamento pátrio brasileiro em relação ao uso inadequado desse parágrafo, pois torna-se absurdo falar em desproporção indenizatória em casos de responsabilidade objetiva, onde a configuração da culpa não é um fator importante para imputar a responsabilização civil ao agente que caracterizou o dano (SILVA, RP, 2009, p.227).

Não obstante todo o exposto é importante frisar que a teoria da perda de uma chance pode ser caracterizada tanto em hipóteses regidas pela responsabilidade subjetiva quanto pela responsabilidade objetiva. Sendo assim, o fator culpa pode vir a se tornar irrelevante diante da análise de um caso concreto, pois o liame a ser observado nestes casos é se existe relação entre o nexo causal e o dano sofrido (SILVA, RP, 2009, p.227).

Tais afirmações podem ser bem ilustradas através dos exemplos clássicos que ocorrem na seara médica, onde devido à ação ou a omissão culposa do profissional da saúde, o paciente perde a chance de sobrevivência ou cura. Tal situação pode ser vislumbrada

quando um médico, por exemplo, que age de forma omissiva, faz com que o doente perca a possibilidade de que a doença possa vir a ser diagnosticada a tempo e ser curada, pois, se cogitarmos a ideia de que, talvez, se o paciente tivesse sido internado a tempo ou operado imediatamente, provavelmente ele não teria falecido. Assim, quando estivermos diante de situações como esta e se comprovada à culpa do profissional da saúde, estaremos diante de um caso de responsabilidade subjetiva pela perda de uma chance de resultado favorável no tratamento (CAVALIERI FILHO, 2010, p.80-81).

Outro exemplo clássico de perda de uma chance é o do proprietário do cavalo de corrida que perde a oportunidade de ganhar o primeiro prêmio, haja vista o atraso da empresa de transportes que foi contratada para a entrega do animal, mas que não chega a tempo hábil para que ele pudesse participar da competição, onde se pode configurar um exemplo clássico de responsabilidade objetiva, se considerarmos a referida empresa como fornecedora de produtos e serviços. Neste caso, pode a vítima pleitear sua ação com base na perda de uma chance em decorrência do prejuízo causado pela referida empresa sem que haja a necessidade de comprovação da culpa do agente (SILVA, RP, 2009, p.227).

Portanto, se considerarmos uma hipótese de perda de uma chance, onde os requisitos essenciais a serem analisados devem se pautar na correlação entre o nexo causal e o dano, não temos que pensar em ameaça da inadequada aplicação do parágrafo único do art.944, que trata da graduação da culpa em relação à indenização, haja vista, que esse dispositivo legal não guarda qualquer relação com a possibilidade de admissão da perda de uma chance no ordenamento pátrio, mas como já foi dito anteriormente, pode, contudo, oferecer um perigo para que ocorram graves incompreensões em relação à fundamentação de hipóteses típicas de perda de uma chance (SILVA, RP, 2009, p.228).

Nos dizeres de Rafael Peteffi da Silva: “a preocupação nasce do habitual equívoco que ocorre entre a culpa e causalidade em determinados institutos do ordenamento pátrio, equívoco este que conta com bases legal, jurisprudencial e doutrinária” (2009, p.228).

A propósito, podemos exemplificar tal situação através dos estudos sobre a ‘culpa concorrente entre a vítima e agente’, onde podemos encontrar um terreno fértil de fundamentações inadequadas em casos típicos que poderão vir a ser usados em hipóteses de perda de uma chance (SILVA, RP, 2009, p.228).

Assim, nos casos em que se observa uma conduta culposa por parte do agente e da vítima em que ambas contribuíram para a causa do dano, podemos nos deparar com a controvérsia que existe na doutrina no que tange a optar por repartir a indenização segundo o critério de contribuição causal dos co-responsáveis, ou pelo o grau de culpa que reveste o ato de cada um (NORONHA, 2010, p.675-676).

Ao tentar elucidar a matéria, Cunha Gonçalves, citado por Silvio Rodrigues, confunde esses dois critérios possíveis de arbitramento de indenização em casos de culpa concorrente, conforme se depreende (RODRIGUES, 2002, p.167):

A melhor doutrina é a que propõe a partilha dos prejuízos: em partes iguais, se forem iguais as culpas ou não for possível provar o grau de culpabilidade de cada um dos coautores; **em partes proporcionais aos graus de culpas**, quando estas forem desiguais. Note-se que a gravidade da culpa deve ser apreciada objetivamente, isto é, **segundo o grau de causalidade do acto de cada um** [sem grifos no original].

Não obstante a tudo o que foi dito, é importante, ressaltar, que estas hipóteses de “culpa concorrente” também são analisadas equivocadamente em alguns casos de responsabilidade objetiva, haja vista que a culpa não é um requisito necessário para análise e pode não estar caracterizada nas condutas das partes (SILVA, RP, 2009, p. 228).

Segundo Rafael Peteffi da Silva, outra equivocada interpretação em relação ao assunto ocorre na obra de Rui Stoco, o qual acredita que o que se deve compensar são as “culpas” do agente e da vítima e não propriamente as causas concorrentes. Dessa forma, ele afirma que Rui Stoco considera inadequada a expressão “concorrência de culpas” em matéria de responsabilidade civil do Estado. Para o referido autor, o instituto da culpa concorrente somente encontra amparo diante de casos em que seja configurada a responsabilidade subjetiva. Não obstante ao exposto, observa-se em sua obra uma inadequada compreensão relacionada a alguns conceitos no que tange a afirmar não ser possível que haja a atenuação da responsabilidade civil do Estado, mesmo se o ‘dano resultar de dupla **causação**’, haja vista que para ele ‘não há meio-termo na análise de uma responsabilidade objetiva: ou incide por inteiro ou se exclui’ [sem grifo no original] (2009, p.229).

Entretanto, a opinião de Rui Stoco trata-se de uma posição minoritária, pois a maioria acredita que a responsabilidade de quem causou o dano deve ser dirimida quando a

vítima contribuiu para o dano caracterizado. Porém, vale ressaltar que a opinião da maioria desses autores pauta-se na crença da ‘culpa concorrente’ quando configurada uma concorrência de causas (SILVA, RP, 2009, p.229).

Nesse sentido, Rafael Pettefi da Silva ao citar Pontes de Miranda transcreve o seguinte trecho (1984 *apud* SILVA, 2009, p.229):

Preliminarmente, é de afastar-se o conceito, que turvou a investigação e perturba a discussão, ainda hoje, de *compensação de culpas*. Culpas não se compensam. O ato do ofendido é concausa, ou aumentou o dano. Trata-se de saber até onde, em se tratando de concausa, responde o agente, ou como se há de separar do importe o excesso, isto é, o que *tocaria* ao que fez maior o dano, que, aí, é o ofendido [grifos no original].

Carlos Roberto Gonçalves, afirma que a doutrina moderna, corrobora do entendimento, que o termo mais adequado a ser utilizado é o de ‘concorrência de causas ou de responsabilidade’ causal’ ao invés de concorrência de culpas, haja vista que o que se vislumbra é a ideia que a preferência terminológica se deve a analisar o grau de participação de cada um para a configuração do dano em que pese à vítima também concorrer para o evento danoso, e não apenas o terceiro que é apontado como único causador do dano (2010, p.426-427).

Dessa forma, é importante mencionar que toda essa explicação sobre o equívoco existente entre culpa e causalidade consoante o instituto da ‘culpa ou causa concorrente’ teve como único escopo tentar esclarecer o perigo representado pelo uso inadequado do parágrafo único do art. 944 no que tange a análise do requisito culpa que deve ser bem avaliado para que assim ocorra um correto arbitramento da indenização diante de um caso concreto, haja vista a dualidade de opiniões em relação ao problema abordado (SILVA, RP, 2009, p.230).

Sérgio Cavalieri Filho aduz que “a norma contida no parágrafo único do citado art. 944 do Código Civil só tem aplicação nos casos de *culpa levíssima* em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima” [grifos no original] (2010, p.38).

Seguindo nesta mesma linha temos o posicionamento de Sílvio de Salvo

Venosa que aduz que: “[...] o grau de culpa, em tese, não deve influir nos limites da indenização. A culpa levíssima obrigará a indenizar por vezes prejuízos vultosos. A regra tradicional é de que a indenização se mede pelo dano e não pelo grau de culpa” (2010, p.321).

Não obstante ao exposto, podemos aferir que o parágrafo único do art.944 deve ser muito utilizado em casos da seara médica, onde nos deparamos com muitas situações de pacientes que se tornam vítimas de danos certos ocasionados por profissionais da saúde que cometem falhas médicas, ainda que levíssimas, mas que podem trazer enormes prejuízos a pacientes que se encontram a mercê daquele profissional supostamente qualificado e experiente para que assim possa desempenhar com total segurança e perícia o seu trabalho (SILVA, RP, 2009, p.230).

Assim, podemos citar, como exemplo, uma situação em que um paciente vem a óbito em decorrência de falha médica de um profissional que deixou de lhe pedir um exame preventivo, o qual poderia ter lhe poupado a vida, apesar de não saber da existência do referido exame que é recente na praça, sendo de conhecimento restrito de médicos mais capacitados e atualizados. De modo que podemos concluir com esse exemplo que não é difícil nos depararmos com situações como esta, de culpa levíssima, mas que podem vir a resultar em prejuízos enormes para as pessoas que se tornam vítimas desse tipo de situação (SILVA, RP, 2009, p.230).

Contudo, uma pequena mudança no exemplo citado poderia vir a configurar um caso de responsabilidade civil por perda de uma chance no que tange a considerarmos a falta do pedido do exame em se tratando de uma falta grave, mesmo que cometida por um médico mediano. Entretanto, não podemos ter a certeza que ainda que caso o paciente tivesse sido submetido ao exame o mesmo teria sua vida poupada, haja vista que estatísticas demonstram que, mesmo com um diagnóstico tempestivo da doença, cerca de 60% dos pacientes falecem. Dessa forma, podemos concluir que é vital que haja o rigor na distinção entre a culpa e a causalidade, principalmente em situações inerentes à seara médica, onde a teoria da perda de uma chance normalmente opera com o conceito de causalidade parcial, para que assim possamos evitar que ocorram prejuízos para qualquer uma das partes envolvidas (SILVA, RP, 2009, p.231).

É importante frisar que mesmo nos casos em que a chance perdida venha a

configurar um dano autônomo, ainda assim, é de extrema importância que haja esta rigorosa distinção entre os requisitos da responsabilidade civil, pois nem sempre uma falta grave pode vir a ensejar um dano a outrem (SILVA, RP, 2009, p.231).

Rafael Peteffi da Silva ao se referir ao assunto cita o exemplo do advogado que perde o prazo para propor uma ação, fazendo prescrever o direito de seu cliente, entretanto, ele ressalta que se o advogado conseguir provar que o prejuízo do cliente não tomará grandes proporções, haja vista que as chances de êxito naquele caso eram muito baixas, o mesmo poderá vir a ser condenado apenas com base na reparação de um prejuízo específico, qual seja, a chance perdida. Neste caso, não podemos admitir que o magistrado faça uso da regra do parágrafo único do art. 944, tendo em vista que não existe desproporção entre culpa e dano, mas sim uma falta de nexo causal entre a conduta do réu e o dano final propriamente dito (2009, p.231).

Em suma, total atenção deverá ser dada na análise de casos típicos de perda de uma chance, para que não sejam fundamentados inadequadamente com base no uso do parágrafo único do art. 944 CC/2002. Objetiva-se, assim, impedir que, diante de algumas situações, como nos exemplos supracitados, sejam proferidas decisões judiciais que afirmem que a ‘culpa’ do médico ou da empresa de transportes é desproporcional ao dano final, quando, na realidade, à questão deve ater-se apenas pela análise do dano e da causalidade (SILVA, RP, 2009, p.231).

3.1.2 A quantificação do dano entre a chance perdida e o dano final

Não obstante ao exposto, é importante, ressaltar, que em todos os casos típicos de responsabilidade civil pela perda de uma chance o prejuízo sofrido pela vítima deve ser identificado e indenizado não com base na perda da própria vantagem esperada ou do dano propriamente dito, como por exemplo, a perda do processo judicial, para o litigante; a perda da vida, para o paciente; ou a perda do concurso vestibular, para o estudante, mas sim com base na oportunidade que é tirada da vítima no que tange a busca pela vitória ou com o intuito de evitar um prejuízo, haja vista que a conduta do réu, nos casos de perda de uma chance, não pode ser caracterizada como uma condição *sine qua non* como a perda da própria vantagem esperada, tendo em vista que não se tem como afirmar que se obteria o resultado útil caso não

houvesse ocorrido o ato do ofensor que contribuiu para a interrupção aleatória do processo (SILVA, RP, 2009, p.104).

Porém, infelizmente não é esta a realidade vivenciada em alguns julgados brasileiros, que apesar de reconhecerem a responsabilidade pela perda de uma chance, equivocam-se no momento de quantificar o dano a ser reparado (SAVI, 2009, p.66).

Sérgio Savi em sua obra exemplifica tal situação através da Apelação Cível nº 70005473061, julgada em 10/12/2003, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a seguinte ementa (2009, p.66):

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PERDA DE UMA CHANCE. ADVOGADO. MANDATO. DECISIVA CONTRIBUIÇÃO PARA O INSUCESSO EM DEMANDA INDENIZATÓRIA. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO.

Tendo a advogada, contratada para a propositura e acompanhamento de demanda indenizatória por acidente de trânsito, deixado de atender às intimações e nem renunciado ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante durante o transcorrer da lide, abandonando a causa sem atender às intimações e nem renunciado ao mandato, contribuindo de forma decisiva pelo insucesso do mandante na demanda, *deve responder pela perda de chance do autor de obtenção da procedência da ação indenizatória*. Agir negligente da advogada que ofende o art. 1300 do CCB/1916. APELO DESPROVIDO (grifo do autor).

Ressalta-se, que no caso em tela, o advogado perdeu o prazo para interposição da apelação de seu cliente, mas apesar do acórdão ter reconhecido a perda de uma chance, a indenização foi aferida de uma forma equivocada, em que pese à sentença haver condenado o advogado a indenizar a vítima de acordo com o valor final desejado na causa, ou seja, como uma forma de lucro cessante, sendo que o correto teria sido fazê-lo de acordo com a proporção da oportunidade perdida, haja vista que não era possível se ter a certeza do êxito da ação caso o processo tivesse prosseguido. Assim, não sendo possível estabelecer o nexo causal entre a atitude culposa do advogado e a perda da vitória na ação judicial, não há como condenar o advogado ao pagamento de lucros cessantes (SAVI, 2009, p.66).

Contudo, com a aprovação da Emenda Constitucional nº45 de 2004, e como consequência a inserção da súmula vinculante em nosso ordenamento jurídico brasileiro, é possível, em determinados concretos de responsabilidade civil de advogados que perdem o

prazo para interposição de recursos de seus clientes, condená-los a título de lucros cessantes em vez de serem responsabilizados pela perda de uma chance, mas desde que a vítima consiga demonstrar que a situação fática que deu origem à ação judicial em que foi derrotado por negligência de seu advogado era certa de ser ganha, haja vista a identidade do caso a situações que o STF utilizou para emissão de súmula vinculante e que obriga o Tribunal julgador a acolher o pedido do cliente prejudicado (SAVI, 2009, p. 67).

Já em outro caso de responsabilidade civil por perda do prazo para interposição do recurso, apesar do tribunal também ter reconhecido a chance perdida, o erro foi ainda mais crasso, haja vista que a indenização foi aferida pela chance perdida e ainda com base no valor fixado pelo advogado a título de honorários advocatícios ao firmar contrato de prestação de serviços com a cliente que tornou-se sua vítima, conforme pode demonstrar a ementa abaixo (SAVI, 2009, p.67):

‘MANDATO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS CAUSADOS EM VIRTUDE DE PERDA DE PRAZO PARA INTERPOR RECURSO POR FALTA DO PREPARO. DANO CONSISTENTE EM PERDA DE UMA CHANCE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Tendo o mandatário deixado de realizar o preparo do recurso que foi julgado deserto, deve indenizar os danos do mandante consistentes, além de gastos com sucumbência e outros, daqueles relativos à perda de uma chance. RECURSO ADESIVO DA AUTORA PROVIDO. RECURSO DO RÉU IMPROVIDO.’ TJRS, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº70000958868, Rel. Des. Ana Beatriz Iser, j.em 22/8/2001.

Dessa forma, o valor da indenização deverá ser fixado de forma equitativa pelo juiz após realizar a análise de cada caso concreto, onde o mesmo deve se pautar por um grau de álea da chance a ser alcançada no momento em que o fato ocorreu, assim, a indenização deve ser estabelecida de acordo com um critério de probabilidade de obtenção na vantagem esperada, o juiz deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, para que a vítima seja ressarcida pecuniariamente de acordo com a oportunidade perdida e não pelo ganho propriamente dito. Dessa forma, podemos concluir que o valor da indenização jamais poderá se equivalente ou superior ao que a vítima receberia se não tivesse sido privada da oportunidade de obter uma vantagem determinada (VENOSA, 2010, p.328-329).

Para melhor ilustrar a situação Sílvia de Salvo Venosa cita um trecho da obra *La responsabilidade* de Atilio Alterini e Roberto Cabana, conforme segue (1995 *apud* VENOSA, 2010, p.328):

‘A indenização deverá ser da ‘chance’ e não do ganho perdido. Não se identifica com que se deixou de receber; a medida desse dano deve ser apreciada judicialmente segundo o maior ou menor grau de probabilidade de converter-se em certeza e sem que se deva se assimilar com o eventual benefício perdido’.

Destarte, o caso do advogado que perde o prazo para interposição de um recurso de apelação pode ser ilustrado corretamente no que tange a sua quantificação da seguinte maneira, conforme dispõe Sérgio Savi (2009, p. 69):

“Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a cobrança de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição do recurso de apelação.

Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado negligente chegue à conclusão de que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$10.000,00, e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja, 90%. Assim, nesta hipótese, o valor da indenização a título de danos materiais seria de R\$9.000,00 (nove mil reais)”.

Outro interessante caso que bem ilustra a situação no que tange a correta quantificação da indenização em situação de responsabilidade civil pela perda de uma chance é o caso do programa de televisão conhecido como “Show do Milhão”, citado na obra de Sérgio Cavalieri Filho, o qual menciona a situação de uma candidata que participava do concurso de perguntas do referido programa e que já havia conquistado o prêmio de quinhentos mil reais, mas que poderia ter alcançado o prêmio de um milhão de reais se houvesse respondido a última pergunta que estava por vir, situação que não foi possível de se concretizar, haja vista que a última pergunta para que se chegasse a resposta correta tinha sido mal formulada, talvez intencionalmente, pela empresa promotora do concurso, dessa forma, a pergunta não respondia a questão de forma adequada, uma vez que todas as opções apresentadas estavam incorretas (CAVALIERI FILHO, 2010, p.78).

Não satisfeita com a situação, a candidata ingressou com uma ação de indenização contra a empresa promotora do concurso com o argumento de que, se a pergunta tivesse sido formulada adequadamente, a mesma teria conquistado o prêmio global, e assim pleiteou em seu pedido de indenização a quantia de R\$ 500.000,00 a título de ressarcimento pelo prejuízo sofrido. Acolhido o pedido nas instâncias inferiores, o caso chegou ao STJ

(REsp nº 788.459-BA, rel. Min. Fernando Gonçalves), que deu uma correta solução a situação no momento que estabeleceu a indenização em 25% do que a participante poderia ter adquirido, pois esta era sua efetiva chance no momento da pergunta que dispunha de quatro alternativas para a escolha. Ao agir dessa forma, não podemos deixar de frisar que a motivação do voto do referido relator atendeu ao conceito da correta aplicação da teoria da perda de uma chance (oportunidade), conforme ilustrado abaixo (2010, p.78-79):

‘Na espécie dos autos, não há, dentro de um juízo de probabilidade, como se afirmar categoricamente – ainda que a recorrida tenha, até o momento em que surpreendida com uma pergunta no dizer do acórdão sem resposta, obtido desempenho brilhante no decorrer do concurso- que, caso fosse o questionamento final do programa formulado dentro de parâmetros regulares, considerando o curso normal dos eventos, seria razoável esperar que ela lograsse responder corretamente à ‘ pergunta do milhão’.

Isto porque há uma série de outros fatores em jogo, dentre os quais merecem destaque a dificuldade progressiva do programa (refletida no fato notório que houve diversos participantes os quais erraram a derradeira pergunta ou deixaram de respondê-la) e a enorme carga emocional que inevitavelmente pesa ante as circunstâncias da indagação final (há de se lembrar que, caso o participante optasse por respondê-la, receberia, na hipótese de erro, apenas R\$300,00 (trezentos reais).

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva- do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo o que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente R\$ 125.000,00(cento e vinte e cinco mil reais)- equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma ‘probabilidade matemática’ de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens – reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para reduzir a indenização a R\$125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais)’

(REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334).

Em suma, nem sempre a quantificação da indenização da perda de uma chance poderá ser aferida facilmente. Contudo, não podemos admitir que o argumento da dificuldade de medir a extensão do dano seja usado como fundamento para que as chances perdidas não sejam ressarcidas diante do nosso ordenamento pátrio, pois do contrário estaríamos beneficiando os oportunismos, e não reparando as oportunidades perdidas que em determinados casos revelam-se evidentes, conforme já foi ilustrado ao longo desse trabalho (SAVI, 2009, p.69-70).

3.2 O reconhecimento da perda de uma chance nos tribunais brasileiros

Conforme mencionado no decorrer desse trabalho, durante muito tempo, o dano decorrente da perda de uma chance foi completamente ignorado pelo Direito e principalmente pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, talvez, pelo receio dos muitos magistrados que temiam pela aplicabilidade do referido instituto, haja vista a falta de regulamentação legal para o assunto.

A propósito, Rafael Peteffi da Silva, bem enfatiza na segunda edição de sua obra, sob o título Responsabilidade Civil pela perda de uma chance, que até o início das primeiras pesquisas necessárias à realização da primeira edição, publicada no ano de 2007, já observava que o estágio da jurisprudência brasileira e doutrinária relacionados à teoria da perda de uma chance era bastante incipiente, de sorte que apenas alguns julgados proferidos pelo desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é que fazia menção ao assunto (2009, p.194).

Dessa forma, depreende-se desse contexto que, provavelmente, haja vista a ínfima abordagem do assunto é que muitos magistrados não se sentiam seguros e a vontade para tratar da responsabilização civil em face da perda de uma chance, em que pese não podiam contar com respaldos doutrinários e jurisprudenciais para melhor auxiliá-los quando se deparavam diante de situações que envolvia a problemática desse instituto, em que pese à dificuldade de se comprovar a configuração do nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima.

Contudo, é importante destacar que, o momento atual, é bastante promissor no que tange à aplicabilidade da referida teoria, que atualmente já conta com o apoio de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relacionados ao tema. Diante disso, avança em largos passos a responsabilização civil pela perda de uma chance no âmbito do nosso ordenamento jurídico pátrio, porém, com uma ressalva, conforme aduz Rafael Peteffi da Silva, de que o entusiasmo desse inquestionável crescimento do número de julgados que envolvem a referida teoria deve ser temperado pelo fato de alguns tribunais brasileiros ainda não terem tomado contato com o tema. De tal modo, que não podemos afirmar que a teoria da perda de uma chance goza de aplicação geral e irrestrita nos tribunais brasileiros (2009, p.194-195).

Entretanto, não podemos deixar de ressaltar que, apesar dos tribunais estaduais brasileiros já reconhecerem a possibilidade de indenizar pela perda de uma chance, desde que séria e real, é indiscutível que muitos ainda encontram dificuldade para harmonizar os conceitos dessa teoria, conforme já foi elencado no tópico da natureza jurídica, no que concerne a alguns magistrados ainda classificar a natureza jurídica do instituto ora como dano material, distinguindo-a nas modalidades lucro cessante e dano emergente, ora como dano moral e, o que é pior, pela perda da própria vantagem esperada e não pela perda da oportunidade de se obter a vantagem, bem como uma espécie de dano autônomo, sendo esta a mais aceita pela doutrina majoritária brasileira e acolhida nas decisões do STJ (SAVI, 2009, p.47-48).

Portanto, o presente tópico que encerra essa pesquisa monográfica tem por objetivo demonstrar como a recente teoria da perda de uma chance vem sendo interpretada nas decisões dos magistrados dos principais tribunais brasileiros, o que será feito através de uma rápida pesquisa, utilizando-se o mecanismo de busca de sítios eletrônicos, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Superior Tribunal de Justiça.

Esclarece-se se que não será efetuada a análise de todas as decisões proferidas pelos demais tribunais brasileiros pela inviabilidade do alongamento do trabalho e pela repetitividade das razões dos julgados.

Contudo, será apresentada uma amostragem do número total de acórdãos até então emanados, englobando a totalidade de todos os tribunais pátrios, a fim de que se possa

demonstrar em que proporções o tema perda de uma chance vêm ganhando espaço no âmbito de nosso ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, é importante ressaltar, que não se pode assegurar com exata precisão que foram localizadas 100% das decisões, haja vista que pode ter havido uma eventual margem de erro no critério de busca da pesquisa que se utilizou das expressões “perda de uma chance”, “perda da chance” e “perda chance”, de modo que os números que serão apresentados a seguir são passíveis de erros.

TRIBUNAL	NÚMERO DE ACÓRDÃOS
Tribunal de Justiça do Estado do Acre	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado do Amapá	01
Tribunal de Justiça do Estado da Bahia	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Distrito Federal	34
Tribunal de Justiça do Estado de Goiás	05
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	26
Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	24
Tribunal de Justiça do Estado do Pernambuco	7
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	315
Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe	08
Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado de Roraima	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado de Espírito Santo	02
Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso	03
Tribunal de Justiça do Estado do Pará	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba	Não houve localização
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	28
Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia	08
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo	529
Tribunal de Justiça do Estado do Piauí	03
Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão	Não houve localização
Superior Tribunal de Justiça	10

Não obstante ao que foi dito, percebe-se que aos poucos os tribunais brasileiros vêm analisando a teoria da perda de uma chance, destacando-se certa concentração de acórdãos nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Distrito Federal, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Paraná. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, possui poucas decisões relacionadas a tal teoria, assemelhando-se a outros pretórios.

Por outro lado, não foi identificada nenhuma decisão em alguns tribunais, de modo que tal situação só vem a corroborar com as menções feitas ao longo desse trabalho de que, a responsabilidade civil pela perda de uma chance constitui tema de discussão e resistência à aplicação, provavelmente, pelas peculiaridades que lhe são inerentes, especialmente pela falta de compreensão no assunto.

Assim, passemos a análise de alguns acórdãos brasileiros os quais foram selecionados por amostragem no que tange a destacar o entendimento conceitual da teoria da perda de uma chance, em que pese será feita a explanação de como tem sido interpretada a natureza jurídica do instituto pelo STJ, bem como tem sido designado o critério de indenização em favor da vítima dentre outros aspectos relevantes relacionados ao tema (VENOSA, 2010, p.40).

Então, feitas as devidas ponderações, iniciaremos com a análise de dois acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, e logo em seguida passaremos a análise de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, onde será exposto um acórdão que coaduna com determinados preceitos de referida Corte Superior.

3.2.1 Superior Tribunal de Justiça

De posse dos dados coletados, evidencia-se que o Superior Tribunal de Justiça vem dando os primeiros passos no que tange ao acolhimento da teoria da perda de uma chance em nosso ordenamento jurídico pátrio, onde até o presente momento foram identificadas 10 decisões relacionadas ao tema. Todavia, mister ressaltar que até o ano de 2005, quando foi analisado o REsp 788459/ relacionado ao caso do “Show do milhão”, mencionado no tópico da quantificação do dano entre a chance perdida e o dano final, raramente o STJ fazia uso explícito de referida teoria em suas decisões, em que pese que esta situação só veio a modificar em decorrência do crescimento das decisões relacionadas ao assunto no âmbito de quase todo o território nacional, e consequentemente com o aparecimento dos Recursos Especiais que chegaram para a apreciação da referida Corte (SILVA, RP, 2009, P.196).

Desta feita, destaca-se que de acordo com os julgados até então analisados o STJ tem demonstrado inclinação ao acolhimento pela teoria 'clássica' da perda de uma chance, observando os critérios e limites expostos ao longo desse trabalho, dentre os quais podemos destacar a aplicá-la somente nos casos que se tratam de uma chance séria e real (SAVI, 2009, p.80-85).

Contudo, não obstante o exposto, mister ressaltar que o STJ também tem demonstrado um perfeito entendimento relacionado ao tema, com vistas ao amoldamento da indenização a ser deferido de acordo com o valor da probabilidade da chance perdida multiplicada pelo valor que se obteria na hipótese de obtenção do êxito, todavia, não se tem admitido mormente a reparação do dano com base no dano final propriamente dito (SAVI, 2009, p.80-81).

Por outro lado, é importante ressaltar também a maneira como o STJ tem se posicionado quanto ao enquadramento do dano da perda de uma chance, no que tange a inseri-lo como fazendo parte de uma terceira espécie dano, onde reconhece a possibilidade de indenização da perda de uma chance tanto em situações que envolvem naturezas patrimoniais quanto extrapatrimoniais, de acordo com a análise de cada caso concreto que coaduna com referida teoria (SAVI, 2009, p.81).

Cumprido destacar, contudo, que também coaduna desse posicionamento o presente trabalho, haja vista o entendimento de que o dano da perda de uma chance encontra-se inserido em uma terceira espécie de dano, entre o dano emergente e o lucro cessante, em que pese os esclarecimentos prestados no tópico que aborda a natureza jurídica de referido instituto e que deixa claro ser este o posicionamento mais adequado a ser seguido.

Desta feita, imprescindível se faz a análise de alguns julgados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não apenas por se tratar da mais alta Corte do nosso país, em que pese à análise de matérias infraconstitucionais, mas também pelas peculiaridades de suas manifestações, que conforme dito tem abordado a responsabilidade civil pela perda de uma chance de uma forma bastante adequada de acordo com os entendimentos técnicos trazidos pela teoria clássica, já mencionados ao longo desse trabalho (SILVA, RP, 2009, p.196).

Destarte, importante se faz que se faça a transcrição e análise da ementa do REsp nº 1079185/MG, julgado em 11/11/2008 que bem ilustra a adequada abordagem de alguns aspectos relacionados a correta aplicabilidade de referido instituto. Contudo, é importante destacar que apesar da Terceira Turma ter se posicionado acertadamente em relação a interpretação de referido instituto, a mesma decidiu pelo não reconhecimento da indenização dos danos materiais ora alegados pelo autor da ação, haja vista que no caso em concreto o deferimento do pedido não era plausível de ser atendido de acordo com os preceitos trazidos pela teoria clássica da responsabilidade civil.

Por outro lado, destaca-se que a escolha do referido acórdão, se deu em decorrência deste ressaltar uma importante característica do instituto da perda de uma chance, no que tange a possibilidade de indenização da chance perdida em danos de naturezas distintas, patrimoniais e extrapatrimoniais.

Não obstante o exposto, ressalta-se que a análise do referido acórdão será feita com base em alguns trechos ora destacados na obra de Sérgio Savi, tendo em vista o entendimento de que tais trechos do voto da Ministra Nancy Andrigli sejam os mais importantes a serem comentados, haja vista a riqueza de detalhes relacionada ao tema. Assim, feita as devidas ponderações, segue a transcrição da ementa:

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- *Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda 'de uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.*

- *A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.*

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.
- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 1.079.1850- MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, *DJ* em 4/8/2009). [grifamos]

Desta feita, pela simples leitura da ementa, percebe-se que o caso em tela trata-se de um caso clássico de responsabilidade civil pela perda de uma chance, no que tange as situações similares em que o advogado contratado pelo autor da ação indenizatória age de forma negligente ao deixar de interpor o recurso de apelação no prazo devido. Entretanto, no caso em tela, haja vista que a decisão recorrida não possuía fundamentos suficientes para ensejar na imputação da responsabilidade civil pela perda de uma chance, tendo em vista que no referido caso o autor não sofreu dano material, uma vez que os mesmos também foram pleiteados em ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial, conforme se abstrai de parte da referida ementa, mister ressaltar que na situação em tela, não houve danos ao seu cliente (SAVI, 2009, p.82).

Entretanto, é importante ressaltar que de acordo com o voto da Ministra Nancy Andrighi, o STJ reconheceu, mais uma vez, a possibilidade de se indenizar o dano tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, desde que configurada a real chance perdida. Todavia, o que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral. Haja vista a relevante questão didática do assunto segue abaixo trecho do voto da Ministra com vistas a um melhor esclarecimento da temática (SAVI, 2009, p.82):

[...]

Em razão do vínculo obrigacional, a responsabilidade do advogado é contratual. Todavia, sua obrigação não é de resultado, mas de meio. Por isso, ao aceitar a causa, o advogado obriga-se a conduzi-la com toda a diligência, não se lhe impondo o dever de entregar um resultado certo.

[...]

Diante deste panorama, a doutrina tradicional sempre teve alguma dificuldade para implementar, em termos práticos, a responsabilidade do advogado. Com efeito, mesmo que comprovada sua culpa grosseira, é difícil antever um vínculo claro entre esta negligência e a diminuição patrimonial do cliente, pois o que está em jogo, no processo judicial de conhecimento, são apenas chances e incertezas que devem ser aclaradas em um juízo de cognição. Em outras palavras, ainda que o advogado atue diligentemente, o sucesso no processo judicial depende de outros favores não sujeitos ao seu controle. Daí a dificuldade de estabelecer, para a hipótese, um nexo causal entre a negligência e o dano.

Para solucionar tal impasse, a jurisprudência, sobretudo de direito comparado, e a doutrina passaram a cogitar da teoria da perda da chance. A aludida teoria procura dar vazão para o intrincado problema das probabilidades, com as quais nos deparamos no dia-a-dia, trazendo para o campo do ilícito aquelas condutas que minam, de forma dolosa ou culposa, as chances, sérias e reais, de sucesso às quais a vítima fazia jus.

Não se trata, portanto, de reparar a perda de 'uma simples esperança subjetiva', nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance (Rafael Peteffi da Silva. Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance. São Paulo: Atlas, 2007, p. 134).

É preciso ressaltar que, naturalmente, há possibilidades e probabilidades diversas e tal fato exige que a teoria seja vista com o devido cuidado. No mundo das probabilidades, há um oceano de diferenças entre uma única aposta em concurso nacional de prognósticos, em que há milhões de possibilidades, e um simples jogo de dado, onde só há seis alternativas possíveis. Assim, a adoção da teoria da perda da chance exige que o Poder Judiciário bem saiba diferenciar o 'improvável' do 'quase certo', a 'probabilidade de perda' da 'chance de lucro', para atribuir a tais fatos as conseqüências adequadas (REsp 965.758/RS, 3ª Turma, minha relatoria, DJe 03/09/2008).

Calcada na verificação rigorosa de seus requisitos, lembro que a Quarta Turma já chegou a admitir a aplicação da aludida teoria em hipótese em que o autor teve frustrada sua chance de ganhar prêmio milionário em programa televisivo de entretenimento (REsp 788.459/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJ 13.03.2006).

[...]

A sentença, nesse ponto mantida pelo Tribunal de origem, posiciona-se na tese de que a aplicação da teoria da perda da chance só pode levar ao ressarcimento por danos morais.

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, a probabilidade perdida pode ter contornos materiais bem definidos, que só não são relevantes nesta hipótese porque o pedido encontra-se bem delimitado e, além disso, como demonstrei, tais prejuízos foram objetos de ações diversas. Destaco a recente doutrina sobre o tema:

'[...] não há dúvida de que, em determinados casos, a perda da chance, além de representar um dano material, poderá, também, ser considerada um 'agregador' do dano moral. O que não se pode admitir é considerar o dano da perda de chance como sendo um dano exclusivamente moral' (Sérgio Savi. Responsabilidade civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006, p. 53). [grifou-se]

Entretanto, ressalta-se que ainda nos deparamos com inúmeros julgados nos Tribunais Estaduais no que tange a inserir a perda de uma chance meramente como fazendo parte de uma espécie de dano extrapatrimonial, em que pese não dizer que o dano moral não pode ser objeto de indenização em casos de perda de uma chance, contudo para que haja o reconhecimento do dano moral, necessária se faz a caracterização do dano material concomitantemente, conforme podemos aduzir do referido voto. Desta feita, podemos concluir o quão importante se faz a decisão acima transcrita, no que tange a reconhecer,

expressamente, a possibilidade de poder indenizar a vítima na ocorrência de danos materiais e não somente morais (SAVI, 2009, p.84-85).

Outro importante acórdão a ser destacado e que bem ilustra o posicionamento do STJ no que tange ao reconhecimento da natureza jurídica do dano filiado a uma terceira espécie de dano, também conhecido como dano autônomo, haja vista que o mesmo não se enquadra nem no conceito de dano emergente e tampouco no lucro cessante, é o REsp nº 1190180/RS julgado em 16/11/2010, que encontra-se assim ementado:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1. *A teoria da perda de uma chance (perte d'une chance) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.*

2. Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da 'perda de uma chance' devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.

Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade - que se supõe real - que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3. Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento extra petita se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da "perda de uma chance", condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido (REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010). [grifamos]

3.2.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

No que tange ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ressalta-se que neste foram identificados 34 acórdãos relacionados ao tema, entre os quais será feita a análise da Apelação Cível 2006.01.1.127480-4, julgada em 18 de maio de 2011, que coaduna com o posicionamento trazido pela Ministra Nancy Andrighi no REsp nº 1079185/MG, transcrito no tópico supramencionado, em que pese a reconhecer a possibilidade concomitante de indenização do dano material e moral, em casos alguns casos de perda de uma chance. Desta feita, o referido acórdão encontra-se assim ementado:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. ADVOGADO. **PERDA DE UMA CHANCE**. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA. **DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURAÇÃO**. I -A falta de intimação pessoal do réu para comparecer à audiência de instrução e julgamento não configura cerceamento de defesa, se seu advogado, munido dos poderes para transigir, foi devidamente intimado da data da sua realização por meio de publicação no órgão oficial. Precedente. II - Configura responsabilidade civil contratual a perda de prazo pelo advogado para o ajuizamento de ação, que tenha culminado na prescrição da pretensão do seu cliente. III - *A responsabilização fundada na perda de uma chance, conforme reiterado entendimento do STJ, deve ser lastreada na análise das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico.* IV - *Evidenciado que a autora tinha sérias chances de se sagrar vitoriosa no litígio acaso seu patrono tivesse ajuizado a ação, deve o último indenizar-lhe o valor econômico que deveria auferir acaso aquela lograsse sucesso.* V - *Ocasiona danos morais ao cliente a forte angústia e sofrimento ensejados em razão da verificação, anos após, que, embora contratado, o advogado não ingressou com a demanda.* VI - Apelação do réu improvida e da autora parcialmente provida. (20060111274804APC, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, julgado em 18/05/2011, DJ 01/06/2011 p. 140). [grifamos]

Destarte, o caso em tela trata-se de mais um daqueles exemplos clássicos de perda de uma chance, em que o advogado da autora por desídia deixa transcorrer o prazo recursal sem ajuizar o recurso, e que vem a culminar na perda de oportunidade da requerente em ter o seu pedido acolhido pela instância superior. Contudo, destaca-se que no caso em apreço o pedido da autora era praticamente certo de ter sido acolhido, com vistas que a matéria em análise já contava com respaldo de precedentes das Cortes Superiores favoráveis ao acolhimento das pretensões ora perquiridas pela autora no caso em comento.

Não obstante o exposto, a autora neste caso específico procurou o réu solicitando os seus serviços advocatícios para receber os valores que considerava devidos em razão do encerramento das duas relações empregatícias que possuía com a Associação dos Servidores do Ministério da Saúde – ASMISA compreendidos por dois períodos (11/09/87 a 23/07/96 e março a novembro de 1997), em que foi demitida sem justa causa nos dois contratos de trabalho retro citados, sem o recebimento do pagamento das verbas rescisórias devidas. Entretanto, apesar do réu ter se comprometido a ingressar com ação na Justiça do Trabalho, o mesmo não o fez, de modo que sua inércia veio a culminar na prescrição da pretensão que a requerida pretendia exercer perante à citada Associação.

Desta feita, em que pese os motivos expostos, a autora alegou que com base na teoria da perda de uma chance, em razão da desídia do demandado, este devia ser compelido ao pagamento das verbas rescisórias que, somadas, perfaziam em novembro de 2006, R\$ 15.419,12 (quinze mil, quatrocentos e dezenove reais e doze centavos). Além disso, sustentou que o réu devia ser condenado a indenizá-la em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais que sofreu em razão da injustificada demora no ajuizamento da ação, onde postulou, ao final de seu pedido, a condenação do requerido a reparar-lhe os citados danos materiais e morais.

Por conseguinte, ressalta-se que em primeiro grau foi julgado procedente em parte, o pedido da autora, onde o advogado foi condenado a indenizá-la apenas por danos morais, haja vista que a magistrada *a quo*, apesar de ter reconhecido a inércia do advogado em ajuizar a ação e ter admitido que isto pode ter prejudicado a requerente, em que pese a apreciação de eventual direito da mesma vir a receber as verbas devidas por força da rescisão dos contratos de trabalho, entendeu que ainda assim, não seria devida a indenização dos danos materiais, haja vista coadunar do entendimento que o simples ajuizamento de ação judicial não é garantia do acolhimento do pedido nela veiculado, de modo que não há como acolher pleito de reparação de danos materiais fundado apenas em vantagem meramente hipotética perdida e que o pleito de indenização fundado pela perda de uma chance deve ser indenizado a título de danos morais. Diante de tais fundamentos, condenou o réu a reparar os danos morais suportados pela autora, que arbitrou em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Contudo, a autora não satisfeita com a decisão de primeiro grau, decidiu recorrer à instância superior, onde em parte teve o seu pedido de dano material acolhido, em

que pese o reconhecimento da indenização por perda de uma chance a apenas a um dos períodos laboral, compreendido entre 11/09/87 à 23/07/96, onde as provas produzidas nos autos comprovaram o direito da requerente ora pleiteado. Entretanto, o desembargador Arnaldo Camanho de Assis, negou provimento ao pedido da autora de indenização dos danos materiais compreendidos entre o período de março a novembro de 1997, haja vista a falta de documentos probatórios no que tange a relação de trabalho pactuada entre as partes, em que podemos depreender de seu voto que meras alegações ou danos hipotéticos não são passíveis de ressarcimento de acordo com o que preceitua a perda de uma chance.

Todavia, cumpre destacar que além do dano material, o Ministro também entendeu que a vítima deveria ser ressarcida pelos danos morais ora sofridos e demonstrados, conforme se extrai do trecho do voto abaixo transcrito. Desta feita, não obstante o exposto depreende-se do voto do referido Ministro, que o TJDFT corrobora do entendimento que vem sendo trilhado pelo STJ, no que tange a possibilidade de ocorrência de danos de naturezas distintas, patrimoniais e extrapatrimoniais, nos casos de perda de uma chance desde que trata-se de chances sérias e reais, conforme se colhe do corpo de referido acórdão:

[...] observa-se que, no presente processo, os danos materiais foram devidamente comprovados, ao menos em relação ao contrato de trabalho instaurado em 11/09/87 e rescindido em 23/07/96, ante a perda da chance real da demandante receber o pagamento das verbas rescisórias dele decorrentes, porque tal direito foi expressamente reconhecido pela ex-empregadora no verso do termo de rescisão juntado aos autos (fls. 14-v).

Não há, contudo, como se deferir indenização material fundada na perda de uma chance quanto à relação empregatícia instaurada entre a autora e a Associação dos Servidores do Ministério da Saúde – ASMISA - inaugurada em março de 1997, pois, excetuadas as alegações que aquela deduziu na inicial, não há qualquer elemento de prova que indique o tempo em que perdurou o contrato de trabalho entre as partes, necessário para formar juízo de verossimilhança do valor das verbas rescisórias, porquanto o extrato do PIS/PASEP juntado aos autos, que evidencia a instauração do segundo contrato de trabalho entre a demandante e a ASMISA é inconclusivo quanto a sua cessação (fls. 15).

Portanto, procede o pleito de reparação dos danos materiais decorrentes do primeiro contrato de trabalho entre a autora e a ASMISA, devendo equivaler ao montante mencionado na inicial, ante a ausência de impugnação específica do réu quanto ao valor das verbas rescisórias a ele inerentes, ou seja, em novembro de 2006, equivaliam a R\$6.591,92, não prosperando, contudo, o pedido de reparação material fundamentado na segunda relação empregatícia, ante a ausência de prova da sua duração.

Quanto aos alegados danos morais, não há dúvida de que a incidência da prescrição para ajuizamento da demanda, ocasionada pela conduta culposa do réu, aliada ao longo lapso de tempo entre o momento em que o causídico deveria ter instaurado a demanda e a entrega dos documentos necessários

para o ajuizamento à autora, ocasionou-os, consistindo eles na forte angústia e sofrimento que repercutiram na esfera subjetiva da requerente, ante a verificação, anos após, que sua demanda não havia sido instaurada por seu advogado.

Finalmente, tendo em vista que o réu não recorreu quanto ao valor dos danos morais, deve ser mantido aquele arbitrado pelo Juízo *a quo*.

Dessa forma, nego provimento ao recurso do réu e dou parcial provimento ao apelo da autora, a fim de condenar aquele a indenizar-lhe, também, os danos materiais, no valor de R\$ 6.591,92 (seis mil, quinhentos e noventa e um reais e noventa e dois centavos), corrigidos monetariamente pelo INPC a partir de novembro de 2006 e acrescidos de juros moratórios de um por cento (1%) desde a citação. Mantenho a sentença quanto aos demais fundamentos, inclusive a respeito da condenação do demandado ao pagamento dos danos morais à autora. [grifamos]

Não obstante o exposto, em que pese o dano da perda de uma chance deve ser quantificado de acordo com as premissas da oportunidade perdida e não com base no dano final propriamente dito, é importante ressaltar que o referido acórdão, apesar de ter fixado a indenização dos danos materiais com base no valor final pleiteado na inicial, concernente às verbas rescisórias de um dos períodos laborados, mister ressaltar que no caso em apreço o prejuízo auferido pela vítima não teria como ser auferido de forma diferente do que foi arbitrado em sentença, haja vista tratar-se de valores inerentes a verbas rescisórias trabalhistas e que não foram contestadas pelo réu. Desta forma, depreende-se desse contexto que a quantificação do dano da perda de uma chance foi corretamente aplicada de acordo com as premissas trazidas no tópico da quantificação do dano entre a chance perdida e o dano final.

Depreende-se ainda que de acordo com os preceitos trazidos no referido acórdão, a teoria da perda de uma chance foi tratada em consonância com os dizeres da corrente clássica, em que pese reconhecer a chance perdida desde que trata-se de uma chance séria e real, bem como pela correta delimitação do assunto no que tange ao reconhecimento da possibilidade da ocorrência de danos de natureza distintas, patrimonial e moral, e ainda pelo arbitramento adequado da quantificação do dano a ser indenizado. Sendo assim, conclui-se que, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios demonstrou coerência e posição adequada no que tange a correta aplicação dos conceitos destacados no presente trabalho inerentes a responsabilização civil pela perda de uma chance.

Ressalva-se, todavia, que não obstante alguns Tribunais, ainda, não abordarem a responsabilidade civil pela perda de uma chance, conforme mencionado no quadro estatístico desse trabalho, é importante destacar que as decisões paulatinamente

proferidas, representam um importante passo para a aceitação de referida teoria, representando a difusão pelos pretórios da espécie de responsabilização civil em comento, cuja essência das indenizações arbitradas nas decisões analisadas, nas quais a perda de uma chance restou devidamente reconhecida, corresponde à proteção resguardada pelos princípios da reparação integral dos danos e da dignidade da pessoa humana.

Desta feita, verifica-se que os estudos sobre a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance devem ser aprofundados, a fim de sanar as dúvidas que ainda perduram na cabeça de muitos magistrados relacionadas ao tema, de modo a esclarecer as confusões ainda presentes em nossa jurisdição pátria, no que tange a correta aplicabilidade do instituto, em que pese a definir adequadamente a natureza jurídica do instituto, bem como a aferir corretamente a quantificação do dano entre a chance perdida e o dano final, procurando-se assim a amparar e indenizar a vítima de forma adequada.

Por fim, para que ainda se possa ver expresso, futuramente, esta nova espécie de dano junto à legislação brasileira, com o objetivo de estabelecer o amparo jurídico da perda de uma chance, haja vista o receio de muitos magistrados em aplicá-la com fundamentos que a mesma não é respaldada por lei.

Em suma, não obstante o exposto, a premissa principal da responsabilidade civil pela perda de uma chance vislumbra proporcionar proteção a aquelas vítimas que se encontram desamparadas juridicamente quando são impedidas de perquirir uma situação futura melhor, haja vista a interrupção lesiva do terceiro que contribuiu para a extinção de todas as oportunidades que ela tinha no que tange a aferir um ganho ou mesmo evitar uma perda se houvesse transcorrido o acontecimento natural dos fatos.

CONCLUSÃO

Diferente do que ocorria no passado, atualmente as vítimas de danos proporcionados por terceiros, tendem cada vez mais a recorrerem ao Poder Judiciário em busca da reparação dos prejuízos que lhes são causados.

Desta feita, o instituto da Responsabilidade Civil visa proteger e resguardar o direito dessas pessoas que são prejudicadas por atos danosos de terceiros, que independentemente da intenção de causá-los ou não, acabam lhes ocasionando prejuízos patrimoniais e por vezes até mesmo extrapatrimoniais. Entretanto, nem sempre o instituto da Responsabilidade Civil pôde assegurar proteção de forma ampla a todas as vítimas abarcadas por este contexto, em que pese a falarmos das vítimas que tem a oportunidade perdida, haja vista a impossibilidade de comprovação absoluta de que, se não fosse à interrupção do agente que lhe causou o dano, ela poderia ter alcançado uma situação futura melhor.

Assim, durante muito tempo, o dano decorrente da perda de uma chance foi ignorado pelo Direito, uma vez que não se era possível afirmar, com certeza, que, sem o ato do ofensor, a vantagem seria obtida ou o prejuízo seria evitado, de modo, que a perda de uma chance de obter uma situação futura melhor era completamente ignorada por muitos ordenamentos pátrios. Entretanto, com o passar dos anos o panorama vem mudando, haja vista que com o desenvolvimento do estudo das estatísticas e probabilidades, atualmente já é possível predeterminar, com uma aproximação razoável, o valor de um dano, no que tange a possibilidade de poder inseri-lo em uma espécie de dano dotado de certa autonomia em relação ao resultado final.

Por todo o exposto, é inviável admitirmos ainda discursos do tipo que, as vítimas da perda de uma chance não são passíveis de serem indenizadas sob o argumento de que o dano supostamente causado trata-se de uma mera conjectura hipotética, uma vez que não se é possível aferir o resultado final em decorrência da interrupção dos fatos, ou do tipo de que falta fundamentação legal para a concessão do benefício, em que pese que diante de tais hipóteses o magistrado deve se ater ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inserido no artigo 5º, inciso XXXV, da carta magna de 1988, que assegura a todos a possibilidade de acesso ao Judiciário, bem como deve fazer uso do artigo 4º da LICC/

2002 , que visa respaldar a aplicação do direito diante de situações que ainda não são regulamentadas e protegidas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, mister ressaltar que dentre os vários princípios que devem ser levados em consideração quando o magistrado estiver diante de um caso específico de responsabilização civil pela perda de uma chance, é sem dúvida o da dignidade da pessoa humana, amparado pelo art.1º, III, da CF/88, o qual visa proteger a dignidade das pessoas acima de tudo. Além desse, o magistrado também deve se ater ao uso do princípio da razoabilidade para aferir se naquele caso concreto houve realmente uma chance perdida, em que pese ser aconselhável que a mesma seja aferida apenas quando comprovada que a probabilidade de se conseguir a vantagem esperada era superior a 50% (cinquenta por cento). Por fim, não obstante o exposto deve ainda ser levado em consideração para estes casos o princípio da proporcionalidade, no que tange a utilizá-lo para arbitrar o *quantum debeatur*, onde a vítima deve ser indenizada de acordo com a mensuração da oportunidade perdida e não pela vantagem esperada.

Dessa forma, a responsabilidade civil por perda de uma chance, visa a acompanhar e se adequar as mudanças ideológicas, sociais e econômicas de uma sociedade que têm sede de justiça, de forma cada vez mais aguçada, ao se depararem diante de situações em que são prejudicadas de forma injusta, haja vista a oportunidade perdida.

Destarte, o presente trabalho se propôs a analisar os pontos nevrálgicos da responsabilidade civil relacionados à perda de uma chance com o objetivo de tentar elucidar as divergências que ainda perduram em nosso ordenamento jurídico brasileiro, no que tange que à aplicabilidade de referido instituto seja feita de forma prudente, correta e justa nos casos em que nossos magistrados se depararem com a real chance perdida.

Ressalta-se, ainda, que diante do estudo realizado, percebeu-se que a teoria da perda de uma chance surgiu na França, após acirradas discussões e decisões entre a doutrina e a jurisprudência dos seus pretórios, sobretudo na década de 60, cuja consolidação da teoria deu-se com as demandas que buscavam reparação pelas falhas médicas, de onde surgiu a expressão *perte d'une chance de survie ou guérison* (perda de uma chance de cura ou de sobrevivência), e logo se expandiu para a Itália na década de 80, até ser introduzida no Brasil no início da década de 90 através de alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio

Grande do Sul, proferidos pelo desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que passou a fazer menção expressa à referida teoria.

Cabe destacar que, o momento atual, se caracteriza pela ebulição da teoria da perda de uma chance em alguns Tribunais brasileiros, onde no presente trabalho, após pesquisa, por consulta virtual, foram identificados 1003 acórdãos que tratam da perda de uma chance, número pequeno considerando-se que vivemos num país de elevadas proporções territorial e populacional, entretanto, se o analisarmos pelo aspecto de que a teoria só foi internalizada pelos nossos pretórios a partir da década de 90, podemos considerá-lo razoável.

Contudo, é importante ressaltar que muitos desses pretórios ainda fazem referência ao tema de uma forma equivocada no que tange a fixação de critérios, requisitos e limites para a aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese, por exemplo, a qualificar a natureza jurídica do instituto e a quantificar o dano da perda de uma chance a título de dano emergente, lucro cessante, dano moral, ou até mesmo como a perda da própria vantagem esperada em vez da oportunidade perdida.

Outrossim, a corrente majoritária e o STJ, vislumbram a perda de uma chance tratando-se como um dano autônomo e especial, contido entre o dano emergente e o lucro cessante, haja vista que o dano da perda de uma chance vislumbra a indenização não pela possibilidade do resultado que se poderia alcançar, mas pelo efetivo dano que se concretizou no momento da conduta lesiva do agente que tira a oportunidade da vítima de perquirir uma situação futura melhor.

Pontua-se, sob o ponto de vista acima destacado, que embora a perda de uma chance guarde muita semelhança com o instituto do lucro cessante, vez que ambos trabalham com a probabilidade de ocorrência do dano final, é importante ressaltar, que ambos também guardam uma importante diferença a ser salientada, no que tange a mencionar que a indenização do lucro cessante se dá em decorrência do que a vítima deixou de lucrar, já a perda de uma chance busca indenizar a vítima de acordo com as proporções do prejuízo sofrido no exato momento em que lhe é retirada a oportunidade de continuar, de modo que a indenização da chance perdida é medida de acordo com ato do agressor, traduzido na oportunidade ceifada.

No entanto, apesar da perda de uma chance também guardar certa semelhança com o dano emergente, em que pese a ressaltar que embora a vitória fosse incerta de ocorrer, não se pode olvidar que a possibilidade de vitória já existia no momento da ocorrência do fato danoso, e assim afastam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo de causalidade entre o ato ilícito do ofensor e a lesão causada, ainda assim, o dano da perda de uma chance diverge dos critérios estabelecidos para indenização do dano emergente, haja vista que este visa a indenizar a vítima pela proporção do dano patrimonial sofrido, ou seja, de acordo com o valor do custo para repor a coisa no estado em que se encontrava antes de ser danificada, de modo que se houver a perda total, o valor do dano emergente será o da própria coisa, já a perda de uma chance como fora dito acima, se propõe a indenizar a vítima na proporção do prejuízo sofrido no exato momento em que lhe é retirada a oportunidade de prosseguir em frente.

Desta feita, a teoria da perda de uma chance é um tema de acirrados debates, porquanto permeada de peculiaridades que devem ser observadas de forma minuciosa, com vistas a ensejar em uma adequada aplicação do instituto.

Por fim, a perda de uma chance revela-se na hipótese de quando alguém retira de outrem a oportunidade de obter uma vantagem ou evitar um prejuízo, onde a vítima tinha uma real chance de se conseguir a vantagem esperada. Sua essência reside na chance perdida e no prejuízo resultante do fato, causando dissabores na vida do ofendido, violando o princípio do *nemimen laedere*, o qual é basilar para a construção e aplicação dos ditames da responsabilidade civil, haja vista que a ninguém é dado o direito de causar dano a outrem.

Em função disso, a própria evolução do instituto da Responsabilidade Civil impõe pelo acolhimento da teoria da perda de uma chance, em que pese se tratar de chances sérias e reais, haja vista a força estipulada pelos princípios constitucionais, dentre os quais podemos destacar o da dignidade da pessoa humana que visa resguardar a proteção de seus direitos basilares, como no caso específico o de ser protegida e indenizada quando for vítima de um dano injusto causado por terceiros.

REFERÊNCIAS

ACRE. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://esaj.tjac.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em :16 set.11.

AGUIAR, Adriana. Judiciário concede indenização a pessoas que perderam uma chance. **Valor Econômico**, Centro Oeste, 17 nov.2010, caderno Legislação & Tributos.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjal.jus.br/?pag=consultas/jurisprudencias>>. Acesso em: 16 set.11.

AMAPÁ. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjap.jus.br/app/open/consultas/?task=jur>>. Acesso em: 24 agost.11.

AMARAL, Francisco. ***Direito Civil: Introdução***. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://consultasaj.tjam.jus.br/cjosg/index.jsp>>. Acesso em: 16 set.11.

ANDRADE, Paulo Roberto; ZAMARIOLA JUNIOR, Ricardo. **A teoria da perda de uma chance**. Jornal sbc, mai-jun 2003. Disponível em:< <http://jornal.cardiol.br/2003/mai-jun/paginas/diretoria/juridico/default.asp> > Acesso em: 12 maio. 2011.

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. A responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**: ed. RT, ano 10, n.. 40, out/ dez . 2009.

BAHIA. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://www7.tjba.jus.br/template/popup_servicos.wsp?tmp.id=155>. Acesso em: 25 agost.11.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

_____. **Decreto Lei n 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Institui Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, RJ, 04 de setembro de 1942. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm >. Acesso em: 7 out. 2011.

_____. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1079185**. Relatora: Nancy Andrighi, Brasília, DF, 11 nov 2008. DJ de 4/8/2009 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=perda+de+uma+chance&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 16 set.11.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1190180**. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 16 nov 2010. DJ de 22/11/2010 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=perda+de+uma+chance&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4#>>. Acesso em: 16 set.11.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CEARÁ. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do;jsessionid=915E576552BFA26C36A6C994BEC2C008.cjsg1>>. Acesso em: 24 agost.11.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade Civil do Advogado: perda de uma chance*, São Paulo: Ltr, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 2006.01.1.127480-4**. Relator: Arnaldo Camanho de Assis, Brasília, DF, 18 maio 2011, DJ 01.06.2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=5&PGATU=1&l=20&ID=62371,66717,14113&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>> . Acesso em: 16 set.11.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tj.es.gov.br/consulta/cfm/portal/Novo/cons_jurisp.cfm>. Acesso em 16 set.11.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=consultas&item=decisoess&subitem=jurisprudencia&acao=consultar>>. Acesso em: 24 ago.11.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 5 ed . São Paulo: Saraiva, 2010.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. *Revista dos tribunais*, São Paulo, ano 94, n. 840, outubro de 2005.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003.

_____. Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*: presunções, perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado: responsabilidade civil em pediatria e responsabilidade civil em gineco-obstetrícia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas, Bastos, 2000. ..

MARANHÃO. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://jurisconsult.tjma.jus.br/eNoFwdsRgyAQBdBebCAsoIAWYB37uJsxH8aBoX_PGXSLS5KJkwhnp6BEFVEtS5KEEtdaKLZqcNuAEsyFDJxpU6h5auRrHfjO2_5n5_n5zX6Np0DrRcvxwuKqx8E>. Acesso em:16.set.11.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjmt.jus.br/servicos/jurisprudencia/Resultado.aspx>>. Acesso em: 26 ago.11.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroProcesso=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=26%2F08%2F2011&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&resultPagina=10&todas=&expressao=%22perda+de+uma+chance%22+e+ou+%22+perda+da+chance%22&qualquer=&sem=&radical=&pagina=10> Acesso em: 26 ago.11.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. rev. e atual, São Paulo: Saraiva, 2010.

PARÁ. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/index.xml>>. Acesso em: 24 ago.11.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça.. Disponível em:

<<http://www.tjpb.jus.br/portal/page/portal/tj/home/jurisprudencia>>. Acesso em: 24 agost.11.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaResultado.asp>>
Acesso em: 24 agost.11.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/resposta_palavra_avancada.asp>. Acesso em: 24 agost.11.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/e-tjpi/home/jurisprudencia/buscar/ba;>>. Acesso em: 25 agost.11.

QUEIROGA, Antônio Elias. *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>> Acesso em: 25 agost.11.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=perda+de+uma+chance+e+ou+perda+de+chance&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 24 agost.11.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 19ª ed. ver. e atual, São Paulo: Saraiva, 2002.

Rondônia. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjro.jus.br/cj/faces/jsp/listaResultado.jsp>>. Acesso em: 25 agost.11.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.tjrr.jus.br/sistemas/php/joomla/index.php/consultas/jurisprudencias>>. Acesso em: 24 agost.11.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://busca.tj.sc.gov.br/cgi-bin/search.cgi/searchinternet.htm?q=%22+PERDA+DE+UMA+CHANCE%22+E+OU+%22PERDA+DA+CHANCE%22&cmd=Ok>>.

Acesso em: 25 agost.11.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o novo código civil. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*, 12. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1989.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em:
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 25 agost.11.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*, São Paulo: Atlas, 2009.

SERGIPE. Tribunal de Justiça. Disponível em:
<http://jurisprudencia.tjse.jus.br/search?q=%22perda+de+uma+chance%22+e+ou+%22+perda+da+chance%22&chktipo=Ac%C3%B3rd%C3%A3o&partialfields=tipoDoc%3AAc%25C3%25B3rd%25C3%25A3o&as_q=&client=juris_sg&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=juris_sg&proxyreload=1&getfields=*&filter=0&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&site=sg-acordados&sort=date%3AD%3AS%3Ad1> Acesso em: 25 agost.11.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Perda de uma chance**. Disponível em:
<<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=127>>. Acesso em: 24 set.2010.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça. Disponível em:
<http://www2.tjto.jus.br/~internet/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=685>. Acesso em: 24 agost.11.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.